

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ORDRE PUBLIC

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 4 décembre 1933, à 2 heures

PAR

Mircea C. MOLDOVAN

Président : M. J.-P. NIBOYET, professeur

Suffragants : { M. LÉVY-ULLMANN, professeur
{ M. CASSIN, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs

18, Rue Soufflot (V^e)

—
1932

Thèse Paris
1932

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

L'ORDRE PUBLIC
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 4 décembre 1933, à 2 heures

PAR

Mircea C. MOLDOVAN

Président : M. J.-P. NIBOYET, professeur

*Suffragants : { M. LÉVY-ULLMANN, professeur
 { M. CASSIN, professeur*

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs

18, Rue Soufflot (V°)

1932

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



A MON PÈRE. A MA MÈRE

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Rép. D. I. (Répertoire de droit international).

Rec. T. A. M. (Recueil des tribunaux arbitraux mixtes).

Revue Darras (Revue de droit international privé).

Clunet (Journal de droit international).

Manuel 2^e éd. (Manuel de D. I. P. II^e édition, Paris, 1928,
par M. J. P. Niboyet).

D. I. P. (Droit international privé).

B. G. B. (Bürgerliches Gesetzbuch).

Z. I. R. (Zeitschrift für internationale Recht).



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Introduction

1. — Nous voudrions, tout d'abord, indiquer la raison qui nous a fait choisir ce sujet : *l'ordre public en droit international privé*.

L'ordre public apparaît, en droit international privé, toutes les fois que l'on se trouve en présence d'une situation qui contient quelque chose d'anormal, de dangereux, qui crée un trouble grave. La règle qui devrait être appliquée, dans le cas donné, en vertu des solutions consacrées en matière de conflit de lois, aboutirait à un mal et il faut, à tout prix, l'écarter, nier, en l'espèce, le droit international privé, se renfermer rigoureusement dans la loi interne. C'est l'ordre public qui est alors invoqué (1). Cette notion est donc liée à une sorte de pathologie du droit. C'est pourquoi son étude présente un grand intérêt ; car, de même que sur un malade on apprend les règles de la vie, on peut apprendre aussi, par l'étude de l'ordre public, les règles qui

1. Villey Edm., *L'Etat et le progrès social*, p. 74.

doivent permettre de faire disparaître le mal pour lequel il a dû être imaginé.

2. — L'ordre public est utilisé par les tribunaux lorsqu'il est nécessaire, pour le maintien de la paix sociale dans le pays, d'écarter l'application de la loi étrangère à laquelle il faudrait pourtant se référer, en principe, en vertu des règles nationales de conflit de lois.

Dans ce cas, l'ordre public a une fonction éminente qui est de préserver la paix sociale. Cependant, il revêt habituellement l'aspect d'une anomalie qui rompt l'harmonie du droit international privé, en rend incertaines toutes les dispositions, sur lesquelles pèse à tout instant la menace imminente de l'ordre public.

Le droit international privé voudrait évidemment être une science ; il tend donc à coordonner ses résultats, à s'unifier comme toute science. L'ordre public disperse plutôt les données de ce droit. Ne pourrait-il pas au contraire contribuer, comme tout le reste, à l'effort commun vers une synthèse constructive du droit international privé ?

« Le droit international privé est une science d'équilibre et d'harmonie entre l'Etat et l'individu, puisqu'elle soutient l'existence du premier comme base du bonheur du second, et garantit les droits des nationaux et des étrangers en vue de la prospérité de l'Etat.

« Le droit international privé doit lutter pour donner à l'homme, dans l'ordre universel, une situation

juridique égale à celle que le droit national lui offre dans la sphère locale.

« Ce droit respecte l'ordre juridique interne du pays. Il cherche seulement la conciliation des systèmes juridiques en présence » (1).

Déjà Boullenois, dans la préface à son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* (2) disait : « Je me représentais les différentes lois qui règnent parmi les nations comme des maîtres et des souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité ; mais aussi je considérais le monde entier comme une grande république où il fallait faire régner la paix et la bonne intelligence ».

Lamoignon, parlant de la diversité des coutumes dans l'ancienne monarchie française, proclamait des vérités qui sont applicables aux divergences des législations dans les Etats de même civilisation : « La justice, disait-il (3), ne devrait pas dépendre de la différence des temps et des lieux, comme elle se fait gloire d'ignorer les personnes. Il n'est point de loi qui ne renferme le vœu de la perpétuité et de l'uniformité... »

3. — Un court aperçu historique sur l'évolution du problème de l'ordre public au cours des temps, permet d'entrevoir une tendance générale vers un état de choses meilleur.

1. Zeballos, *La codification du droit international privé aux Conférences de La Haye*, p. 486.

2. Laisné, t. I, 411.

3. Recueil des arrêts de M. le Premier Président, Paris, 1777.

A l'origine, le point de départ, c'est l'exclusivisme ; tout ce qui est au-delà des limites de la Cité est ennemi « hostis ». Là, on est sans droit, l'homme est un objet, il n'est pas sujet de droit (1).

En Grèce, le monde juridique finit aux frontières de la Cité, les étrangers en sont exclus.

De même à Rome, les étrangers sont assujettis au droit du peuple souverain par la conquête.

En sens inverse, à l'époque barbare, chaque personne garde sa propre loi. De toutes facons, dans toute cette période, le droit international privé fait complètement défaut.

4. — Il prend naissance lorsque les peuples s'organisent peu à peu en Etat distincts et entrent en relation d'échange. Avec les Postglossateurs, le droit international privé commence. Presque aussitôt apparaît la notion de l'ordre public : c'est le « statut odieux » de Bartole. Son application est d'ailleurs très restreinte ; la règle, c'est le statut favorable, le statut personnel.

D'Argentré formule le principe contraire, celui de la territorialité de toutes les lois ; l'ordre public se confond avec ce principe, et est englobé dans la notion de territorialité.

Tandis que Dumoulin s'efforce de restaurer l'ancienne théorie des statuts, l'école hollandaise s'appuie sur d'Argentré pour édifier la doctrine de la courtoisie internationale : *comitas gentium*.

1. Voir Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, § 4, section II.

5. — Avec la période moderne et contemporaine, nous assistons au développement de doctrines entre lesquelles les divergences sont beaucoup plus nuancées, mais presque aussi profondes.

Savigny ouvre cette période avec l'idée de la communauté juridique ; et il formule, en s'appuyant sur cette idée, l'idéal du droit international privé qui est ce que Franz Kahn a désigné sous le nom de « Gesetzenharmonie », l'harmonie législative (1).

6. — L'école italienne reprend, en les transformant à l'aide de la notion de la communauté juridique, les idées de Dumoulin et des postglossateurs. Mais, l'ordre public ouvre, dans cette école, une brèche énorme au principe de la loi personnelle, plus grande que dans l'école allemande, issue de Savigny, et pour laquelle l'ordre public n'est qu'une exception très restreinte.

7. — L'école anglo-américaine cependant, elle, reste attachée à la doctrine de la courtoisie « comity ». Mais c'est plutôt une apparence, car, en fait, elle cède largement, elle aussi, à la conception de la communauté juridique.

8. — On peut retrouver dans les éditions successives du *Manuel de droit international privé* de Pillet et Niboyet les deux principaux courants de la doctrine française.

1. Voir Hans Lewald, *La réglementation de l'ordre public sur le terrain des traités diplomatiques*. *Revue de droit international privé*, Darras, 1928, p. 151.

Dans la première édition, l'ordre public n'est pas envisagé comme une exception, mais comme un résultat normal du système juridique de chaque pays.

Dans la seconde, l'ordre public est conçu comme une exception, un remède, découlant d'un défaut de communauté juridique sur tel ou tel point.

9. — Enfin l'école hispano-sud-américaine en vient avec Bustamante, à englober tout le droit international privé dans la notion de l'ordre public.

Le facteur commun de toutes ces écoles, c'est l'idée de la Communauté juridique.

Nous nous proposons, dans le présent ouvrage, de faire ressortir, dans l'ordre public, deux aspects distincts de ce concept juridique.

Le point de vue qui consiste à lui attribuer un caractère purement exceptionnel conduit à précociser sa réduction progressive, voire sa disparition. Avec lui s'évanouira cet élément de force antijuridique qui est dans le droit international privé.

Le point de vue qui le considère comme un facteur normal aboutit à souhaiter sa généralisation, non pas sous sa forme actuelle, mais en tant qu'organisation complète d'une coopération harmonieuse dans l'application des règles de droit.

Ici, la communauté juridique triomphe ; elle cesse de comporter des exceptions.

Nous essaierons d'examiner si on peut parvenir à une formule suffisamment nette de cet idéal et des conditions de sa réalisation, en puisant, tant dans

la doctrine que dans la jurisprudence, les données qui viennent à l'appui de cette tendance vers l'harmonie législative, vers l'édification d'un ordre entre les Etats, — *Überstaatliche Ordnung* — ordre rattaché à l'idée de la Communauté juridique ne comportant plus d'exceptions.

CHAPITRE PREMIER

L'ordre public dans les lois et dans les traités

10. — On trouve des références à la notion d'ordre public, en droit positif :

- 1^o Dans les lois,
- 2^o Dans les traités,
- 3^o Et dans la jurisprudence.

Nous n'examinerons ici que les lois et les traités.

Les textes que nous allons passer en revue mentionnent l'ordre public de telle manière, parfois, que l'on pourrait croire que le point de savoir si telle ou telle loi étrangère, tel ou tel acte accompli à l'étranger, sont, dans le pays, contraires à l'ordre public, est une pure question de fait. Dans ces conditions, la notion d'ordre public serait sans lien avec les dispositions d'ordre législatif ou conventionnel.

En réalité, du moins en France, il n'en est rien. Comme l'écrit Fuzier-Hermann (1) : « il existe un lien entre l'ordre public et la loi, et l'on peut s'étonner

1. Code civil annoté, tome I. Paris, 1885, p. 40.

qu'il ait été jugé qu'en général l'erreur que commettent les juges du fond sur les caractères constitutifs de ce qui est d'ordre public, ne saurait être un mal jugé et ne donne point ouverture à cassation » (Cassation, 18 juin 1828).

Comme nous le verrons, la jurisprudence étend au contraire, maintenant, le contrôle de la Cour Suprême en cette matière. Ceci montre l'intérêt qui s'attache à préciser, autant que possible, la portée des dispositions contenues dans le droit écrit, relatives à la notion d'ordre public.

11. — L'ordre public est visé dans les textes positifs, tantôt d'une manière générale, tantôt à l'occasion d'une matière déterminée. On en trouve donc dans les lois et dans les traités, en même temps une formule générale et plusieurs mentions particulières.

Cette observation détermine les divisions de notre exposé.

§ 1^{er}. — L'ordre public dans les lois (1).

SECTION I. — *Formule générale.*

12. — Le droit positif, tout au moins le droit français, s'est référé de prime abord à l'ordre public en droit interne, ceci à propos du caractère licite

1. Voir pour les textes : Makarov A. N., *Das internationale Privatrecht Europäischen und aussereuropäischen staaten*; Ester Teil, *Die Quellen*. Berlin, 1929, t. VIII, premier fascicule.

ou illicite des conventions. C'est ainsi que dans l'article 6 du Code civil, on trouve posée la règle suivante :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Dans la pratique, c'est en principe sur ce texte que l'on s'appuie également pour écarter, le cas échéant, l'application de la loi étrangère normalement compétente. De cet état de chose, il résulte, qu'en droit positif, se sont les mêmes dispositions qui règlent la question de l'ordre public en droit interne et en droit international. Ceci correspondant à la conception la plus ancienne admise dans la doctrine de droit international privé. C'est là la conception classique.

Brocher a inauguré au contraire un système qui consiste à prendre pour l'ordre public en droit international privé une base tout à fait distincte. Ainsi, en France, ce serait l'article 3 du Code civil qui servirait de point d'appui.

Cette distinction a exercé une grande influence sur la science du droit international privé (1). Pour en tenir compte, nous divisons notre étude des textes, contenant la formule générale, en deux catégories : ceux qui correspondent à la formule classique, dont nous avons parlé, ceux qui servent de point de départ à la nouvelle formule.

L'article 6 du Code civil français donne, avons-nous dit, le type de la formule classique.

1. Pillet et Niboyet, *Droit international privé*, p. 547.

Le Code civil français a servi de modèle à cet égard à un grand nombre de Codes étrangers.

Le Code civil des Etats-Unis du Brésil (1^{er} janvier 1916). Introduction, art. 17 :

« Les lois, actes, jugements d'autres pays, ainsi que les dispositions et conventions particulières, seront sans effet, si elles portent atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

La législation civile de la Chine (loi du 5 août, 1918, art. 1^{er}) ;

« Dans les cas dans lesquels la présente loi prévoit l'application des dispositions d'une loi étrangère, ces dispositions ne seront appliquées qu'en tant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Le Code civil hellénique du 29 octobre 1856, article 8 :

« Il est interdit aux tribunaux grecs d'appliquer des lois étrangères qui soient contraires à l'ordre public ou qui se réfèrent à des institutions juridiques non reconnues par le droit grec. »

La législation civile du Japon, (loi du 15 juin 1898, article 30) :

« Si le contenu du droit étranger est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il n'en sera pas fait application » (1).

La loi d'introduction au Code civil allemand du 18 août 1896, article 30 :

1. Ce texte est la reproduction la plus fidèle de la formule contenue dans l'article 6 du Code civil français.

« L'application d'une loi étrangère est exclue, quand cette application ira à l'encontre des bonnes mœurs ou du but d'une loi allemande ».

« Le législateur allemand, écrit l'annotateur de la traduction française (1) paraît avoir voulu éviter l'expression vague et fuyante d'ordre public... » On remarquera, d'ailleurs, que cette expression est également absente du Code civil lui-même. On s'est notamment abstenu d'y recourir dans la matière des actes illicites (art. 138). « On a considéré, écrit l'annotateur de la traduction française, que cette dernière conception avait un caractère de généralité abstraite qui pouvait devenir extrêmement dangereux, et qu'entre autres, le juge pourrait se croire autorisé à se faire une conception philosophique ou politique, sinon religieuse, de l'ordre public, tirée soit de l'ensemble des principes constitutionnels, soit de l'économie générale de la législation, soit même d'un système personnel de politique sociale ou de philosophie soit morale, soit religieuse. Le parti socialiste avait violemment défendu cette mention de l'ordre public, dans le but de faire considérer comme en étant la violation, tout contrat qui fût conçu dans un esprit défavorable aux principes sur la protection due aux travailleurs. Ce sont précisément ces conséquences possibles de la formule ainsi présentée qui ont effrayé la majorité du Reichstag, laquelle a voulu s'en tenir à un critérium non plus théorique, mais purement pratique, tiré

1. Code civil allemand, t. IV, p. 154. Edition de l'Office de législation étrangère.

des usages et des conceptions adoptées par les mœurs ; de sorte que les clauses visées par le parti socialiste ne seraient susceptibles de frapper l'acte d'immoralité que si cette dernière est considérée et acceptée comme telle, non pas d'après tel ou tel système de politique sociale, mais par le courant général des mœurs publiques. Ce qui ne veut pas dire que le juge devrait se contenter de constater ce qui se pratique en fait, c'est-à-dire de s'en tenir aux usages tels qu'ils seraient, mais bien qu'il devrait se placer au point de vue de ce que l'opinion générale exigerait pour se conformer à la conception qu'elle se forme de la moralité en matière contractuelle et, d'une façon plus large, en matière juridique ».

La loi polonaise de droit international privé du 2 août 1926, article 38 :

« Les prescriptions du droit étranger ne sont pas obligatoires, si elles sont en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre public ou des bonnes mœurs, valables en Pologne ».

Le Code civil de Costa-Rica (de 1841 revu en 1857) :

Art. 5. — « On ne peut pas renoncer par conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (1).

13. — Dans certains pays, le législateur, tout en reprenant la formule classique, lui a donné certains développements en vue surtout d'apporter quelques précisions à la notion d'ordre public.

1. Makarov, *op. cit.*

Ainsi, le Code civil espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, dans l'article II, alinéa 3 : « Malgré les dispositions de cet article et du précédent (application des lois et des actes étrangers), les lois prohibitives concernant les personnes, leurs actes, leurs biens, celles qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes mœurs ne perdront point leur effet quels que soient les lois, jugements, dispositions ou conventions accordés à l'étranger ».

Cette formule est d'ailleurs reproduite du Code civil italien promulgué le 25 juin 1865, article 12 des dispositions préliminaires : « Nonobstant les dispositions des articles précédents, les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, non plus que les dispositions et les conventions des particuliers, ne pourront en aucun cas déroger aux lois prohibitives du Royaume qui concernent les personnes, les biens ou les actes, ni aux lois qui intéressent d'une manière quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Ces textes, au lieu de mentionner simplement l'ordre public, font intervenir aussi la notion de « lois prohibitives, concernant les personnes, les biens ou les actes ». Ils s'efforcent ainsi de définir la notion d'ordre public, tout en en élargissant ainsi dans une certaine mesure la portée. Il y a toutefois dans cette méthode, un progrès, dans un sens : en précisant le contenu de la notion, le domaine de l'appréciation arbitraire se trouve limité, et des jalons sont posés en vue d'une codification suscep-

tible d'aboutir à une certaine harmonie entre les législations.

De même, le Code civil de la République Argentine limite l'application du droit étranger par l'idée de l'ordre public qu'il définit d'une manière positive.

L'article 14 de ce Code dispose en effet que les lois étrangères ne seront pas applicables : 1^o quand leur application s'oppose au droit public, comme par exemple, les lois françaises qui classent le droit en naturel et civil et n'appliquent le dernier qu'aux nationaux ; quand elles s'opposent au droit criminel de la République, comme dans les cas de bigamie ; quand elles sont contraires à la religion de l'Etat ou à la protection que celui-ci lui accorde en vertu de l'article 2 de la Constitution ; quand elles attaquent la tolérance des cultes, comme les lois qui décrètent des incapacités juridiques contre les hérétiques, les apostats ou ceux qui ne professent pas la religion dominante, ou comme certaines lois européennes qui permettent au mineur, fils de famille, d'abandonner la maison paternelle pour prendre du service militaire ; ou quand elles affectent la moralité ou les bonnes mœurs ; 2^o quand leur application est incompatible avec l'esprit de la législation de ce Code (du Code argentin), comme l'institution de la mort civile ; 3^o quand il s'agit de lois de pur privilège, car les privilèges ont été abolis par l'article 16 de la Constitution ; 4^o quand les dispositions du Code étant en conflit avec les lois étrangères, les premières sont plus favorables à la validité des actes.

14. — Il est certains Etats qui donnent une extension considérable à l'exception qui est fondée sur la notion d'ordre public, au principe de l'application de la loi étrangère dans des cas donnés.

Tel est le cas de l'Allemagne : article 31 de la loi d'introduction du Code civil :

« Le Chancelier de l'Empire peut, avec l'assentiment du Conseil fédéral, décider par voie d'ordonnance qu'un droit de rétorsion sera exercé à l'égard de tel Etat étranger, de ses ressortissants et de leurs ayants droit ».

Cette disposition est basée, dit l'annotateur de la traduction française (1), sur cette idée que les avantages accordés aux étrangers par la législation de l'Empire leur ont été gracieusement concédés ; la doctrine allemande de droit international privé repose donc sur le *Comitas gentium*. « La concession à laquelle le législateur allemand s'est résolu a été dictée bien moins par une idée supérieure de justice que par l'intérêt bien entendu de l'Etat allemand ; elle peut être révoquée, lorsque cet intérêt l'exige, par un acte indiscutable de souveraineté (2) ».

De même, la principauté de Liechtenstein a voulu donner à cette notion de l'ordre public une pure fonction de négation.

Son Code civil du 20 janvier 1926, article 8, alinéa 2, s'exprime ainsi :

1. Tome IV, p. 146.

2. Keidel, *Le Droit international privé dans le Code civil allemand*, Clunet, 1899, p. 281.

« Toutefois, dans tous les cas où l'application du droit étranger conduirait à des résultats contraires à l'ordre public et à la morale, le droit de Liechtenstein sera appliqué d'une manière exclusive. » Il existe en outre dans ce Code, une disposition analogue à celle contenue dans l'article 31 de la loi allemande, relative au droit de représailles.

Aux Etats-Unis, la législation civile s'inspire du même esprit : Voici par exemple ce que dit le Code de Georgie, paragraphe 9 :

« Les lois des autres Etats (de l'Union Américaine) ou des Etats étrangers sont valables en Géorgie seulement en tant qu'elles ne vont pas à l'encontre de la Constitution des Etats-Unis et en tant qu'elles sont reconnues par le Comity de l'Etat.

« Les tribunaux appliquent cette Comity, sauf si la représentation nationale en décide autrement ou si l'application de la Comity va à l'encontre de l'ordre public ou des intérêts de l'Etat ».

15. — Dans les colonies, on trouve parfois un système qui, ouvrant très largement l'application de la loi étrangère, réduit considérablement la portée de l'ordre public. Au fond, les Etats, dans leurs possessions d'outre-mer, en reviennent, au début du moins, au régime primitif de la personnalité des lois, ceci à raison de la très grande différence existant entre les coutumes indigènes et le droit des Etats civilisés.

Ainsi, la loi belge du 18 février 1908, qui vise le

Congo belge, décide, dans son chapitre II, intitulé « Des droits des belges, des étrangers et des indigènes » : art. 14 : « Ils jouissent de tous les droits civils que la législation du Congo belge reconnaît, Leur situation juridique personnelle est déterminée par leur droit national en tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public. »

Dans la zone espagnole du Maroc, le législateur paraît même avoir abandonné la notion d'ordre public :

« Dans cette zone, les espagnols jouissent de tous les droits civils accordés par les lois espagnoles. Les étrangers, également, sauf l'application de leur droit national et des traités ».

16. — Ainsi que nous l'avons dit au début de ce paragraphe, il y a une conception de l'ordre public qui n'admet pas que cette notion soit unique, et on distingue l'ordre public interne et l'ordre public international.

Voici donc des textes qui dans les législations ne statuent que sur les conflits de lois et qui par conséquent semblent correspondre à cette conception, ou sur lesquels du moins cette doctrine commande d'appuyer l'exception de l'ordre public, à l'exclusion de tout autre disposition visant le droit interne.

Par exemple, en droit français, au lieu de viser l'article 6, le juge devra, pour invoquer l'ordre public, se baser sur l'article 3, alinéa 1, ainsi conçu :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

Ce texte énonce, comme on le voit, un principe de territorialité absolue. En cette matière, il y a deux séries de législations, celles qui énoncent ce principe d'une manière restreinte, celles qui lui donnent une portée plus ample.

L'article 3 du Code civil français appartient à la première série.

Il en est de même par exemple du Code civil polonais, introduction, article 3 :

« Les lois de police et de sûreté sont valables pour toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Etat ».

On trouve la même formule, notamment dans le Code du Luxembourg (1903) et dans celui de Monaco (1913).

Parmi les législations employant des expressions plus extensives, nous pouvons noter :

Le Code civil de Cuba de 1888. Introduction, article 8: « Les lois pénales, les lois de police et les lois de sécurité publique sont valables pour toutes les personnes qui habitent le territoire de Cuba. »

Le dahir du 15 janvier 1925 pour la zone marocaine de Tanger : « Les lois de droit pénal, les lois de police et les lois d'ordre public sont valables pour toutes les personnes qui habitent cette zone ».

Le Code civil de Guatemala, article 4 : « Les lois pénales de police et de sécurité obligent tous les habitants et les personnes de passage, sauf les dispositions établies pour le Droit international. »

SECTION II. — *L'ordre public
dans des cas spéciaux.*

17. — Pour donner une idée complète des textes du droit positif qui se réfèrent à l'ordre public, il faut citer également les dispositions incluses dans les réglementations relatives à des matières particulières.

Ces dispositions prévoient l'exception de l'ordre public en vue de la matière en question. Cette référence à l'ordre public revêt, dans les différentes législations, plusieurs aspects. Il y en a qui correspondent à la notion unitaire et qui s'apparentent à la formule classique. D'autres qui s'en écartent plus ou moins de différentes manières.

On peut classer dans la première catégorie, à titre d'exemples, les textes que voici :

Loi suédoise(1) sur certains rapports de droit international privé relatifs au mariage et à la tutelle(1904),
Chapitre I, § 2, alinéa 2.

« Aucun étranger ne peut se marier devant une autorité suédoise, s'il est déjà marié, ni ceux qui sont apparentés en ligne directe ascendante ou descendante ou frère ou sœur, ni celui qui veut se marier avec un parent direct, ascendant ou descendant de l'époux avec lequel il a été marié ».

Chapitre II, § 2. — « En aucun cas la nullité du mariage ne sera reconnue parce que le mariage serait contraire à loi étrangère selon laquelle on s'est marié, puis on a divorcé. »

I. V. Makarow, *A. N.*, *op. cit.*

Ceci constituant, d'après cette loi un empêchement pour un nouveau mariage, de même si la nullité est basée sur une prohibition du mariage de personnes ayant une religion différente, ou sur la prohibition du mariage des membres du clergé, ou du mariage d'une personne qui a fait vœu de célibat.

La loi polonaise de droit international privé du 2 août 1926, article 12, § 2 :

« Les étrangers ne peuvent pas se marier en Pologne nonobstant une loi nationale, s'ils se trouvent dans un cas d'empêchement que voici :

parenté directe ou entre beaux frères et belles
sœurs ;
attentat à la vie du futur époux ;
mariage antérieur non dissous.

Le Code civil du Vénézuéla, addition de 1923, article 132 : « La loi étrangère n'est pas applicable au Vénézuéla quand elle permet le mariage des personnes se trouvant dans le cas suivant :

précédent mariage non encore dissous ou annulé ;
les individus mâles de moins de 14 ans et ceux
du sexe féminin âgés de moins de 12 ans ;
les faibles d'esprit et les aliénés en tutelle ;
les parents en ligne directe, ascendante ou
descendante, frères et sœurs, beaux-frères
et belles sœurs ;
les religieux dont la confession interdit le
mariage ;
la personne qui en complicité avec un indi-
vidu marié a attenté à la vie du conjoint

de ce dernier et qui désire ensuite épouser son complice ;
maladie constituant un empêchement au mariage.

Enfin le Code de l'Etat de Virginie (Etats-Unis), (1924) titre 45, § 5089 :

« Le mariage est interdit entre personnes résidant dans l'Etat, qui sont de couleur différente ou qui sont déjà mariées, ou apparentées à un degré prohibé. Si ces personnes vont dans un autre Etat ou à l'étranger uniquement pour se marier, leur union sera considérée, pour sa validité, comme contractée dans l'Etat lui-même ».

Parmi les formules qui s'écartent de la formule classique, il faut signaler celle adoptée en Argentine et qui s'explique par des considérations politiques.

Code civil de la République Argentine, article 159 :
« C'est toujours d'après la loi du lieu de la conclusion du mariage que les empêchements sont déterminés, même si les deux conjoints n'ont quitté leur domicile en Argentine au moment du mariage que pour cesser d'être soumis aux lois de ce pays ».

Cette disposition très libérale a évidemment pour objet de favoriser l'immigration.

C'est la même règle qui est adoptée au Paraguay (loi du 8 décembre 1898, article 2).

Il faut mentionner, enfin, l'influence de la guerre sur la législation en matière d'ordre public. Nous avons, à cet égard, un exemple très caractéristique dans le décret français du 27 septembre 1914, qui

dispose : « Est nul et non avenü comme contraire à l'ordre public tout acte ou contrat passé soit en territoire français .., par toute personne, soit en tous autres lieux, par des ressortissants français, avec des sujets des empires ennemis ».

L'empire de l'ordre public, sous sa forme négative et dissolvante, s'étend, comme on le voit, du fait de la guerre. C'est là une évolution d'ailleurs passagère, due aux circonstances politiques inhérentes aux conflits entre Etats.

§ 2. — L'ordre public dans les traités.

SECTION I. — *Formule générale.*

19. — En général les Etats ne conviennent par traité d'adopter des règles identiques en cas de conflits des lois que pour une matière déterminée, par exemple: le mariage, la propriété industrielle, etc... Pour que l'on trouve, dans le droit conventionnel, une référence à l'ordre public formulée d'une manière générale, il faut supposer un texte qui réalise une codification complète, entre les contractants, des règles de droit international privé.

Cette hypothèse ne s'est réalisée jusqu'à présent que dans deux circonstances, et en Amérique seulement.

En Amérique, le Congrès de Montévidéo, en 1888, avait élaboré différents traités relatifs au droit international privé et que plusieurs Républiques de cette partie du monde ont ratifiés et mis en vigueur.

Ces traités ne contiennent pas d'ailleurs de formule générale au sujet de l'exception de l'ordre public. Ils visent cette exception à propos de certaines matières qui sont réglementées, par exemple, le traité du 12 février 1889, titre IX, du mariage ; voir article 11, alinéa 2.

Les Conférences panaméricaines, dans leurs réunions de 1906, 1912 et 1923 ont résolu de préparer des Codes de droit international public et de droit international privé, et l'Institut américain de droit international a été invité à étudier un projet qui servirait de base aux discussions. M. de Bustamante, l'éminent professeur de l'Université de la Havane a publié ce projet en 1927 avec une introduction qui en fait ressortir l'esprit. Il fut adopté le 20 février 1928 à la Havane par la 6^e Conférence internationale américaine et le Code de droit international privé ainsi adopté a déjà été ratifié par un certain nombre d'Etats américains.

En ce qui concerne l'exception tirée de la notion d'ordre public, le Code Bustamante avait à résoudre le problème suivant : après avoir réussi à faire admettre sur la plupart des points des règles uniformes de solution des conflits de loi, il fallait empêcher que la portée de cette concession soit considérablement réduite par une trop grande liberté laissée à chaque Nation d'invoquer, pour écarter la solution conventionnelle, son ordre public. Le Code Bustamante a essayé de parer à cette difficulté par divers moyens. D'abord il s'est appuyé sur cette idée primordiale (voir l'introduction de Bustamante

au projet) que le droit international privé est une discipline juridique qui n'a pas sa place dans le droit national, mais qui repose sur la Société des Etats et découle de l'existence de cette société. Elle a pour objet de déterminer les compétences respectives des diverses législations nationales, compétence dont l'étendue varie suivant la catégorie des lois envisagées : ainsi les lois personnelles, les lois territoriales et les lois supplétives n'ont pas la même sphère d'application. En outre, en procédant à cette délimitation, la discipline juridique en question s'attache à ce que la liberté donnée à l'un, ne nuise pas à la liberté à laquelle cet autre a droit. C'est l'application aux rapports entre les Etats de la maxime consacrée dans le droit constitutionnel interne et suivant laquelle l'Etat qui est fait pour le bonheur de l'individu, lui reconnaît les libertés que l'on appelle les libertés publiques, dans la mesure seulement où l'exercice de la liberté de l'un ne nuit pas à l'exercice par l'autre de sa liberté. Ainsi l'ordre public dans le Code Bustamante, tend à être considéré non pas comme une prérogative quasi arbitraire de la souveraineté interne, mais comme une sorte de remède appliqué du point de vue de la société internationale. Telle est du moins la conception que l'on découvre dans l'introduction rédigée par l'auteur de ce code (1).

1. V. A. S. de Bustamante y Sinven : *El orden publico hahrua*, 1893 : *Le Code de D. I. P. et la Conférence Panaméricaine*, trad. P. Goule. Paris, 1929. *Les principes fondamentaux du D. I. P. dans la législation cubaine. Revue Darras*, 1932, p. 30 et s.

Les textes eux-mêmes ne reflètent que dans une mesure très faible cette doctrine, car ils se montrent extrêmement respectueux de la souveraineté nationale.

L'article 3 du Code est ainsi conçu :

« Pour l'exercice des droits civils et la jouissance des garanties individuelles identiques, les lois et règles en vigueur dans chaque Etat contractant sont considérées comme rentrant dans les trois catégories suivantes :

I. — Celles qui s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité et les suivent même quand elles changent de pays, appelées personnelles ou d'ordre public interne.

II. — Celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, appelées territoriales, locales ou d'ordre public international.

III. — Celles qui s'appliquent seulement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de volonté des parties ou de l'une d'elles, appelées volontaires ou d'ordre privé. »

Cette distinction, qui appelle quelques observations au point de vue de la terminologie, est par ailleurs parfaitement conforme aux idées communément reçues. Le fait qu'elle soit placée à la base du Code, montre l'intention de ce dernier de procéder à une détermination des limites du domaine dans lequel les lois doivent s'appliquer. C'est par là que

se manifeste, indirectement, l'esprit inclus dans l'introduction du projet Bustamante.

Le second moyen par lequel le Code s'est efforcé, indirectement, de discipliner la notion d'ordre public, a été d'énumérer les cas dans lesquels cette exception est susceptible de recevoir application.

Voir par exemple l'article 30 :

« Chaque Etat applique sa propre législation pour déclarer éteinte la personnalité civile en cas de mort naturelle des personnes physiques ou de disparition ou de dissolution officielle des personnes civiles, de même que pour décider si la minorité, la démence ou l'imbécillité, la surdi-mutité, la prodigalité et l'interdiction civile sont uniquement des restrictions de la personnalité, permettant des droits et aussi certaines obligations ».

Art. 40. — « Les Etats contractants ne sont pas tenus de reconnaître le mariage célébré dans l'un d'eux, par leurs nationaux ou des étrangers, quand il est contraire à leurs dispositions légales relatives à la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur, aux degrés de parenté ou d'alliance qui créeraient un empêchement dirimant, à la prohibition de se marier concernant les coupables de l'adultère qui a causé la dissolution du mariage, et à la même prohibition interdisant à celui qui s'est rendu coupable d'un attentat contre la vie de l'un des époux d'épouser le survivant ou à toute autre cause de nullité irrémédiable. »

Art. 46. — « Le droit local, qui prive d'effets

civils le mariage du bigame, s'applique également d'une manière impérative ».

Art. 53. — « Chaque Etat contractant a le droit d'autoriser ou de reconnaître ou non le nouveau mariage de personnes divorcées à l'étranger, dans les cas avec les effets et pour des causes que le droit personnel n'admet pas. »

Il faut remarquer que le Code range parfois parmi les lois d'ordre public, des dispositions qui sont applicables aux étrangers sur le territoire pour des raisons qui sont étrangères à la notion d'ordre public.

En ce qui concerne les obligations et les contrats, il part du principe de l'autonomie de la volonté : la loi choisie ou présumée adoptée par les contractants régit le contrat dans la mesure où ils sont libres d'en régler les conditions et les effets, mais cette liberté n'est pas entière ; il y a ici la notion d'ordre public, qui trouve son application déjà en droit interne.

Au point de vue international, le Code semble dissocier franchement la loi impérative, et la loi d'ordre public. La première dépendrait du lieu où le contrat s'est formé ; seule la seconde serait territoriale.

SECTION II. — *Formule employée dans des matières particulières.*

20. — La Convention conclue entre la France et la Colombie, le 4 septembre 1901, pour la protection de la propriété industrielle contient à l'ar-

ticle 3, alinéa 2, la disposition suivante (1) :

« Il est toutefois entendu que chacun des deux Etats se réserve le droit de refuser le dépôt et d'interdire l'usage de toute marque qui serait par sa nature, contraire à la morale et l'ordre public, ou aux bonnes mœurs ».

De même, l'article 3, alinéa 2, de la convention du 31 mars, 12 avril 1889 entre la France et la Roumanie, pour la protection des marques de fabrique et de commerce :

« Il est toutefois entendu que chacun des deux Etats se réserve le droit de refuser le dépôt et d'interdire l'usage de toute marque qui serait, par sa nature, contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs dans l'Etat où le dépôt en aurait été demandé ou effectué ».

On retrouve dans ces deux documents les termes mêmes employés dans l'article 6 du Code civil français dont nous avons parlé au paragraphe précédent.

Le traité de Quito (1), du 18 juin 1903, entre la Colombie de l'Equateur emploie une formule plus développée :

Livre III, art. 53 : « Les lois, sentences, conventions et autres actes juridiques qui ont pris naissance à l'étranger ne seront pris en considération qu'autant qu'ils ne sont pas en contradiction avec la Constitution de l'Etat, les lois d'ordre public et les bonnes mœurs ».

1. J.-P. Niboyet et P. Goulé, *Recueil de textes usuels de Droit international privé*.

Enfin, le traité de Vienne (1), du 13 mars 1924 entre l'Autriche et la Pologne, adopte, dans une certaine mesure, une solution qui ouvre à chaque Etat une possibilité très large d'invoquer l'ordre public.

Art. 86. — « L'application du droit d'un des contractants, et la reconnaissance de l'autorité des sentences de ses tribunaux seront exclues, si elles aboutissent à la création ou au maintien d'un rapport juridique dont la validité doit être écartée dans l'Etat, eu égard à l'ordre public ou à la morale, ou si un litige territorial en dépend, ou si l'autorité locale en a déjà décidé avec force légale... »

1.-2. J.-P. Niboyet et P. Goulé, *Recueil des textes*, précité.

CHAPITRE II

L'ordre public à l'Institut de droit international

§ 1. — Sessions de Genève (1814),

La Haye (1875), Zurich (1877), Oxford (1880).

21. — A la session de l'Institut de droit international qui s'est tenue à Genève le 31 août 1874, sous sa présidence, Mancini avait été chargé du rapport sur cette question : de l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme de un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles (1).

Après avoir montré que l'idée d'un Code civil commun à tous les peuples cache une illusion dangereuse, parce que si tous les peuples civilisés ont un patrimoine commun de règles générales identiques, ils ont chacun des règles qui sont le résultat local et caractéristique de chaque pays, Mancini

1. V. Clunet, 1874, p. 227 et s.

observe que l'application par une nation, d'une loi étrangère à un rapport de droit où des étrangers sont en cause sur son territoire, ne découle pas d'une concession gracieuse de la souveraineté, mais du droit de justice qui incombe à tout Etat.

A l'intérieur de chaque communauté politique, les citoyens sont libres, mais il y a un ensemble de lois, celles qui intéressent la prospérité de la vie sociale, et constituent ce qu'on appelle le droit public, lesquelles restreignent les libertés individuelles. Cette institution est une sorte d'expropriation légitime que l'Etat fait d'une partie de la liberté personnelle des individus protégés par lui.

L'individu, hors de sa patrie, a donc le droit de revendiquer de la souveraineté étrangère, la reconnaissance de son droit privé national, au nom du principe de la nationalité, mais de son côté, le pouvoir souverain de chaque Etat étranger peut, au nom du principe de l'indépendance politique, interdire toute infraction à son droit public et à l'ordre public du pays tel qu'il a été constitué par la volonté nationale.

On trouve, ici, dans Mancini, l'exposé de la doctrine de l'Ecole italienne. Il la perfectionne en substituant aux formules : statut réel et personnel, l'expression, droit privé et domestique, droit public et politique.

L'ordre public comprend pour lui, outre le droit public proprement dit, l'ordre moral et également l'ordre économique établi dans la société.

Dans un exposé plus brillant que précis, Mancini

démontre donc simplement que la liberté de l'individu, c'est-à-dire son droit national, s'impose au respect de l'Etat, et que ce dernier a d'autre part un champ laissé à son indépendance, pour empêcher que cette liberté ne lèse les intérêts de la communauté. Mais Mancini ne donne pas, de l'ordre public, une définition plus approfondie et il ne propose pas autre chose à l'Institut que l'adoption de la mention qui en est faite dans le Code italien de 1865, article 12.

L'Institut créa une commission pour délibérer sur le rapport de Mancini. Il adopte en 1875 une résolution dans laquelle il admet le bien-fondé des principes posés dans le rapport de Mancini et il estime que le meilleur moyen de parvenir au but recherché est que l'Institut élabore des projets de traités, soit généraux, soit concernant des matières spéciales, en s'inspirant des principes en question. Il adopte, notamment sur l'ordre public, une conclusion ainsi conçue : En aucun cas les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public.

22. — Westlake (1) qui était absent à la session de La Haye, fit parvenir des observations dont voici une analyse sommaire.

A propos de la réserve de l'ordre public, West-

1. *Annuaire de droit international*, session de Zurich, 1877, p. 34.

lake demande dans quel système de classification on cherchera les limites de ce droit public qui jouera d'une autorité supérieure à celle du droit international privé?

C'est qu'en effet de très grandes divergences peuvent se manifester dans l'application de la notion d'ordre public. Il y a à cet égard deux systèmes d'interprétation possible sur le point que voici. Ou bien on interprétera le principe de l'ordre public comme une exception à l'application des lois nationales et par conséquent, les droits acquis en vertu de cette exception, dans un Etat donné, s'ils ne sont pas susceptibles d'être reconnus dans l'Etat dont l'intéressé est le national, devront l'être au contraire dans tout Etat tiers. Si l'on regarde au contraire la règle de l'ordre public comme n'indiquant que les cas où un Etat pourra, sans violation du traité, se soustraire pour son propre compte à l'observation du principe de la loi nationale en cette matière, dans ce cas, les Etats tiers ne devraient pas reconnaître les droits acquis en vertu d'une loi appliquée par exclusion de la loi nationale, en vertu de l'ordre public.

Westlake faisait ainsi ressortir combien il était indispensable d'arriver à quelque précision en la matière.

Il présenta, en collaboration avec M. Arntz, à la session de l'Institut de Bruxelles, de 1879, un rapport dans lequel il proposait, pour la restriction commandée par les lois d'ordre public, la même formule que celle qu'il avait critiquée en 1877. Mais

il reconnaissait qu'il était impossible dans l'état actuel des diverses législations d'arriver à quelque chose de moins imprécis. Et il recommande à l'Institut d'entreprendre un travail analytique, en étudiant spécialement et successivement, l'application de nos règles à toutes les matières du droit civil, par exemple au mariage, à la puissance maritale, à la légitimité, à l'exercice de la puissance paternelle, etc....

L'Institut n'examina les conclusions du rapport Arntz-Westlake qu'à la session d'Oxford, en 1880. Il les adopta et dans les sessions suivantes il n'étudia plus que certaines matières particulières de droit international privé (1).

§ 2. — Sessions de Bruxelles (1902). Paris (1910).

23. — La question de l'ordre public a été examinée de nouveau dans son ensemble par l'Institut de droit international, en 1902, à l'occasion d'une communication de M. Pasquale Fiore (2).

Dans cette note, Fiore expose que les auteurs n'ont pu formuler de règles certaines, touchant la limitation que l'ordre public apporte à l'application de la loi étrangère normalement compétente.

Dans l'effort qu'il fait pour proposer une doctrine précise, il se réfère d'abord à la distinction, alors récemment introduite par Brocher, entre l'ordre public interne et l'ordre public international (ou

1. *Annuaire*, 1880, p. 41.

2. *Annuaire*. 1902, p. 354 et s., voir aussi Clunet, 1908, p. 357.

ordre public relatif et ordre public absolu, Lainé). Il note que les formules adoptées touchant l'ordre public international « laissent ouvert le champ au pouvoir indéterminé du juge... ». Il propose, dès lors, de recourir à un principe qui doit permettre une plus grande précision, savoir le principe de la compétence législative. La compétence de chaque législation est déterminée en tenant compte de la fonction du pouvoir législatif dans ses rapports avec l'individu, et dans ses rapports avec la collectivité.

Dans ce sens, il reprend, sous une autre forme, les mêmes théories que celles de Mancini : lois de droit privé visant l'individu, lois de droit public veillant à la défense de la collectivité, et qui, par conséquent, lorsqu'elles se trouvent en concurrence avec une loi étrangère de droit privé, doivent avoir la prépondérance. « On ne saurait déroger aux dispositions ayant pour but de conserver l'Etat et de sauvegarder les intérêts sociaux, car cela équivaldrait à un attentat contre la vie politique de l'Etat et le droit social... »

Il faut rentrer notamment dans les dispositions visant la protection du droit social, toutes celles où il est question du droit des tiers.

Il est possible, à son avis, de formuler les mêmes principes d'après lesquels on devrait déterminer la compétence législative prépondérante. D'ailleurs, grâce à ce principe de la compétence législative, on distingue d'abord très franchement ce qui est d'ordre public interne de ce qui est d'ordre public

international et il est dès lors possible de renoncer à cette manière peu heureuse de désigner des choses très différentes.

Fiore énumère ensuite les lois qui lui paraissent posséder la compétence législative prépondérante dans tout Etat, mais en quatre lignes, ce qui n'apporte dans la matière, qu'une précision très relative.

La note de Fiore se trouve incluse dans le rapport qu'il présente, avec Weiss comme co-rapporteur, à la session de Paris, en 1910 (1).

24. — Au cours de la délibération, MM. Roguin et Rouard de Card, firent d'abord une critique de méthode. Ils auraient préféré qu'il fut procédé par voie d'analyse en premier lieu, de synthèse ensuite, en examinant successivement les différentes institutions du droit et les conséquences de l'application à ces diverses institutions des règles relatives à l'ordre public (2).

1. *Annuaire*, 1910, p. 207.

2. A la session de Florence, en 1908, l'Institut avait eu l'occasion d'user de la méthode préconisée par Roguin et Rouard de Card. Il avait examiné la question de l'ordre public à propos des conflits de loi en matière d'opérations sur valeurs mobilières. On avait exprimé l'idée qu'il faut limiter dans la mesure du possible le recours à la formule de l'ordre public interne ou international. M. Lyon-Caen, rapporteur, indiquait que cette difficulté est insoluble. Lainé avait fait observé qu'il fallait abandonner la formule d'ordre public international, et la remplacer par celle d'ordre public absolu. Il s'agissait, dans l'espèce, de l'exception de jeu, en matière de marchés à termes. Il démontra que l'exception de jeu doit être admise ou non, non pas parce qu'elle est d'ordre public international, mais suivant qu'elle existe devant le tribunal saisi, et que là où elle est

M. de Bar estima que pour opérer la distinction recherchée par P. Fiore, il faut examiner les lois non en elles-mêmes mais au point de vue de leur application. Il arrive en effet, que les Tribunaux donnent la compétence législative prépondérante à leur loi lorsqu'il s'agit de telle application et ne la lui donnent pas, dans telle autre. Par exemple, les tribunaux italiens tiennent pour légitimes les enfants nés d'un mariage polygame, mais ils refuseront de faire réintégrer le domicile conjugal à une des épouses d'un musulman.

P. Fiore adhéra à l'observation de de Bar, et il ajouta qu'il importait de procéder en droit international privé comme on a procédé en droit international public en matière d'arbitrage obligatoire, en vue de limiter l'exception tirée de l'honneur national et des intérêts internes.

M. Pillet aurait voulu écarter la distinction faite entre l'ordre public national et l'ordre public international qui lui paraît sans intérêt, l'Institut n'ayant à s'occuper que des intérêts internationaux de l'ordre public.

Pour lui, en matière d'ordre public, deux formules sont possibles :

1^o La loi d'ordre public paralyse exceptionnelle-

admise, elle s'impose, malgré la loi du contrat, car c'est une disposition de police. Son argumentation tendait donc à assimiler ordre public absolu avec loi de droit public, et dans le cas visé à ranger l'exception de jeu parmi les dispositions touchant au droit public (*Annuaire de D. I.*, session de Florence. Edition abrégée, Bruxelles, 1928, p. 400 et édition ordinaire, t. XXII, p. 255.

ment l'action de la loi étrangère normalement compétente ; 2^e formule plus large : c'est à la loi territoriale que revient la compétence quand il s'agit de l'ordre public.

Suivant la première formule, le juge doit refuser l'application d'une loi contraire à l'ordre public ; mais sa décision n'a d'effet que dans son propre pays.

D'après la seconde formule, un juge, même étranger, doit appliquer en cette matière de l'ordre public, la loi du territoire où s'est passé le fait, générateur du droit, qui donne lieu à la décision.

M. Pillet observe ensuite que Fiore ne détermine pas les cas d'ordre public d'une manière tout à fait adéquate. A son avis, il a tort d'inclure dans cette notion, les lois de droit public et d'y mettre les lois de procédure. M. Weiss répond que les deux co-rapporteurs ont bien entendu comprendre les lois de procédure dans leur conception ; il ajoute, au sujet de la première observation de Pillet que Fiore n'admet pas la distinction entre l'ordre public et l'ordre public international ; c'est un point sur lequel les deux co-rapporteurs n'ont pas été d'accord.

25. — M. Renault soumet alors une proposition ainsi conçue (1) :

« L'Institut exprime le vœu que pour éviter l'incertitude qui prête à l'arbitraire du juge et compromet

1. *Annuaire de droit international*, session de Paris, 1910, p. 102 et s. V. aussi *Revue Darras*, 1911, p. 161 et s.

par cela même, l'intérêt des particuliers, chaque législateur détermine avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci semblerait compétente pour régler le rapport de droit envisagé. »

« Il est spécialement désirable que chaque convention de droit international privé précise les points sur lesquels, dans chaque pays contractant, une disposition, regardée comme d'ordre public, pourra tenir en échec les principes mêmes de la convention. »

Cette proposition adoptée par 17 voix contre 10, emporte dessaisissement de la Commission. L'Institut abandonne l'étude de la notion d'ordre public et sa tentative pour en donner une formule internationale.

CHAPITRE III

L'ordre public aux conférences de La Haye

26. — « L'incertitude qui s'attache inévitablement à l'application de la notion de l'ordre public, confiée à l'appréciation des tribunaux, est naturellement un des obstacles les plus fâcheux qui s'opposent à l'unification du droit international privé. Ce point retint l'attention des Conférences de La Haye, dès le début de leurs délibérations » (1).

Dès 1893, dans son rapport au nom de la 3^e Commission sur l'unification des règles de conflit de lois en matière de succession, Lainé part de cette idée que la souveraineté des Etats sur leur territoire est la seule base du droit international, celle du droit privé comme celle du droit public. Si la Conférence élabore un texte prévoyant l'application obligatoire de la loi étrangère, il faudra comprendre que l'Etat en appliquant cette loi ne s'inclinera pas devant la souveraineté d'un Etat étranger venant donner des ordres à ses juges, mais adoptera et fera sienne ladite loi.

1. V. H. Lewald, *Recueil de cours de La Haye*, t. IX.

Dès lors, il est indispensable que la Conférence prévoie des dérogations que chaque Etat pourra juger nécessaires au point de vue du droit public ou de l'intérêt social.

Cette réserve fut inscrite dans un préambule mis en tête du règlement, mais dès ce moment, Beelaertes von Blokland indique que, afin de ne pas rester condamné à n'émettre que des vœux, il faut arriver à spécialiser les cas dans lesquels la réserve susdite pourra jouer.

Dès 1894, deux tendances s'opposent : les uns veulent que l'on en reste à une formule générale ; les autres réclament une énumération limitative. On élabora un article qui contenait une énumération détaillée des matières qui seules seraient réservées à des considérations d'ordre public (1)

La disposition était conçue de la façon suivante : « Nonobstant les articles qui précèdent, les tribunaux d'un pays n'auront pas égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application porterait atteinte soit au droit public dans ce pays, soit à ses lois concernant les substitutions ou fidécourmis, la capacité des établissements d'utilité publique, la liberté et l'égalité des personnes, la liberté des héritages, l'indignité des successibles ou légataires pour fait de droit commun, l'unité du mariage, les droits des enfants illégitimes. » Cette énumération, qui du reste était improvisée, devait susciter des critiques. A la fin, on choisit un autre système pro-

1. Voir Actes, 1894, p. 123.

posé par le président Asser : on inséra dans le projet une formule générale, mais à la condition que les Etats contractants examineraient eux-mêmes, chacun pour son compte, les matières intéressant l'ordre public et qu'ils se communiqueraient mutuellement ce qui, d'après eux, doit être considéré comme tel.

27. — En 1900, le texte proposé, sur lequel la discussion devait porter, était ainsi rédigé (1) :

« Nonobstant les articles qui précèdent, la loi nationale du défunt ne sera pas appliquée lorsqu'elle serait de nature à porter atteinte dans le pays où l'application devait avoir lieu, soit aux lois impératives, soit aux lois prohibitives déclarées par une disposition expresse applicables aux successions et aux testaments étrangers.

« Est également réservée l'application des lois étrangères qui ont pour but d'empêcher la division des propriétés rurales.

« Les hautes parties contractantes s'engagent à se communiquer les lois prohibitives ou impératives au sujet desquelles elles auraient fait usage de la faculté stipulée à l'alinéa 8, ainsi que les lois territoriales dont il s'agit dans le 2^e alinéa. »

Lainé fit observer que, sans doute, l'énumération a l'avantage de procurer la certitude ; toutefois il est à craindre que les Etats ne renonceraient qu'avec beaucoup de prudence à leurs lois ; par conséquent,

1. Actes de la Conférence de La Haye, t. I. Procès verbal, n^o IV.

ils feront une énumération plutôt trop complète des cas dans lesquels la loi étrangère devra être écartée. Ils seraient à cet égard plus dangereux que ne le seraient les tribunaux. Pourquoi ne pas laisser cette question à l'appréciation des juges ?

Le Délégué allemand, Kriege, estima au contraire qu'il vaut mieux ici faire intervenir le législateur, statuant sous le contrôle de l'opinion publique et déterminant le caractère d'ordre public de telles ou telles lois. Le Président Asser se ralliant aussi au système de l'énumération par la voie législative, le texte proposé fut adopté et inséré dans le protocole final.

28. — En 1904, la commission royale des Pays-Bas avait élaboré un texte qui fut adopté ; c'était l'article 6 du protocole final ainsi conçu :

§ 1. — Est réservée l'application des lois territoriales qui ont exclusivement pour but d'empêcher la division des propriétés rurales, ainsi que l'application des lois relatives aux immeubles placés sous un régime foncier spécial.

§ 2. — Est également réservée dans chaque Etat, l'application des lois de cet Etat de nature impérative ou prohibitive, concernant les matières qui seront indiquées d'un commun accord par les Etats contractants dans un protocole additionnel, destiné à être ratifié en même temps que la présente convention.

§ 3. — Pour profiter de la réserve prévue dans

les paragraphes précédents, chaque gouvernement doit communiquer au gouvernement des Pays-Bas l'énumération des dispositions de ses lois qui, par dérogation aux règles de la présente convention, seront applicables à toutes les successions, même à celles des ressortissants des autres Etats contractants. Cette énumération pourra toujours, dans les limites tracées aux paragraphes précédents, être modifiée suivant les convenances de chaque gouvernement, qui fera également connaître sa détermination au gouvernement des Pays-Bas. Ce gouvernement transmettra, par la voie diplomatique, aux Etats contractants les communications dont il s'agit, en indiquant la date à laquelle il les aura reçues.

§ 4. — Les dispositions réservées par un Etat en vertu des règles précédentes ne s'appliqueront qu'aux successions des ressortissants des autres Etats contractants qui s'ouvriront soixante jours après la communication faite au Gouvernement des Pays-Bas.

§ 5. — Les dispositions des paragraphes précédents ne sauraient autoriser un Etat contractant à soustraire à l'application de la loi nationale du défunt des immeubles non compris parmi ceux qui sont visés au § 1^{er} ou à faire échec à l'application de l'article 7.

Après avoir adopté ce texte la Conférence émit le vœu suivant : que le Gouvernement des Pays-Bas veuille bien aussitôt que possible après la signature

de la convention sur les successions et les testaments convoquer une nouvelle conférence qui aurait pour mandat de préparer le protocole additionnel visé à l'article 6, § 2 de la convention, ainsi que la convention relative à la compétence des autorités visée à l'article 8 de la présente convention.

Ce qu'il y a d'essentiel dans cette disposition, c'est que les Etats contractants n'ont pas à fixer, d'une façon définitive et générale, celles de leurs dispositions législatives qui ont le caractère de loi d'ordre public.

Le texte proposé par la Commission royale des Pays-Bas ne réservait au contraire que l'application des dispositions déclarées expressément applicables aux successions des étrangers. Or, l'acceptation de cette formule aurait nécessité une révision des lois concernant les successions de la part des différents législateurs, pour déterminer les lois auxquelles il faudrait imprimer, par disposition expresse, le caractère de loi d'ordre public. D'après l'article 6 précité, les Etats contractants auront simplement à dire que, dans leurs rapports mutuels et pour la durée de la Convention, telles ou telles dispositions de leurs lois seront considérées comme réservées, ayant le caractère de lois d'ordre public. En outre, il résulte de l'article énoncé que les Etats ne se borneront pas à se communiquer des listes contenant les dispositions réservées, mais qu'ils exerceront sur ces listes un mutuel contrôle, de sorte qu'ils sauront d'avance dans quelle mesure, en chaque pays, la loi locale exclura l'application des

lois étrangères. Le dernier paragraphe enfin poursuit le but de faire constater expressément que les Etats contractants ne sauraient, sous le couvert de l'ordre public, soustraire à l'empire de la loi nationale du défunt les immeubles autres que ceux qui sont placés sous un régime foncier spécial.

Ces listes de dispositions législatives considérées comme lois d'ordre public devaient être selon le paragraphe 2, un complément nécessaire de la Convention, à la réalisation duquel est subordonnée l'entrée en vigueur de la Convention.

Dans plusieurs pays, on a commencé des travaux préparatoires pour l'établissement de ces listes (1), mais celles-ci, autant que nous le sachions, n'ont jamais été dressées, de sorte que la Convention n'a pu être ratifiée. L'ordre public qu'on ne pouvait pas saisir, était la pierre d'achoppement.

En ce qui concerne la Convention relative au mariage, élaborée à la Conférence de 1900, signée le 12 juin 1902 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1904, on avait adopté le principe de l'élimination de la

1. Voir le rapport de la Commission instituée par le gouvernement italien, *Rivista di diritto internazionale*, 1906, p. 145 à 157.

En vue de la confection des listes visées au texte, le Gouvernement italien nomma une commission spéciale qui devait rédiger un projet de protocole additionnel à la convention sur les conflits des lois en matière des successions et des testaments.

Au cours des délibérations de cette commission le caractère national de l'ordre public fut particulièrement mis en lumière. On observa ainsi qu'il était impossible de prévoir avec certitude les matières que les autres gouvernements feraient rentrer dans cette catégorie de lois. On considéra donc uniquement les lois italiennes d'ordre public (Voir à la page 148 de l'ouvrage précité a liste dressée par la Commission).

notion d'ordre public en tant que notion générale.

La Conférence ne pouvait, dans une matière qui touche d'aussi près que le mariage aux conceptions religieuses et sociales de chaque pays, songer à refuser un effet étendu à l'ordre public local. Cet ordre public paraissait, en effet, exiger presque aussi impérieusement, selon les cas, soit qu'un mariage fût possible, soit au contraire qu'il fût interdit, quelles que fussent, à cet égard, les dispositions de la loi nationale.

La Conférence n'a guère eu d'hésitation sur ce point.

« Tous les membres de la commission, porte le « rapport de la première commission de 1900, ont « admis que le pays où il s'agissait de célébrer un « mariage ne pouvait être contraint de laisser pro- « céder à cette célébration par cela seul que le ma- « riage était possible d'après la loi nationale des « futurs époux. Un tel mariage serait, dans certains « cas, de nature à constituer un véritable scandale « dans le pays (1) ».

D'un autre côté, certains délégués, notamment ceux de la Belgique, de la Suisse et de la France (2) faisaient valoir que les principes de nature constitutionnelle ou d'ordre public admis dans leur pays ne permettaient pas que certaines interdictions, consacrées par diverses législations d'Etats représentés à la Conférence et fondées principalement sur

1. Actes, 1900, p. 170.

2. Actes, 1900, p. 173.

des motifs d'ordre religieux, fussent reconnues comme ayant une portée extraterritoriale.

Il y avait là une double situation de fait qui s'imposait à la Conférence.

Aussi un premier groupe d'amendements dû au Danemark et à la Norvège proposa de réserver à chaque pays la faculté d'interdire la célébration du mariage de tout étranger « lorsque les conditions prescrites soit par le droit public du pays, soit par ses lois visant à protéger les droits d'une partie tierce ne sont pas remplies » (1), et un deuxième groupe, déposé par la France et par la Belgique, tendait à ce que les prohibitions édictées par la loi nationale n'empêchassent pas le mariage, si elles étaient considérées comme contraires « à l'ordre public » ou « au droit public du pays de la célébration (2) ».

Mais, « d'une façon générale », comme elle le dit dans son rapport, « la commission écarta les formulations visant le droit public ou l'ordre public, à raison du vague de ces expressions et de l'incertitude qui en résulte dans les décisions » (3), car, elle voulait, avant tout, « diminuer l'arbitraire dans les rapports internationaux en cette matière (4) ».

Aux réserves générales imprécises, elle substitua le texte net et assez bien limité des articles 2 et 3.

L'idée d'ordre public local est, dans sa généralité,

1. Actes, 1900; p. 170.

2. Actes, 1900, p. 173.

3-4. Actes, 1900, p. 170.

totalemeut écartée. Dans les Etats contractants, aucun mariage, conforme à la législation ou aux législations que l'article 1^{er} de la convention déclare applicables, ne peut être interdit ou déclaré nul en raison de considérations générales d'ordre public, mais certaines applications, soigneusement définies et limitativement énumérées, sont, au contraire, permises (1-2).

Pareille transaction ne saurait trop être approuvée ; elle constitue un des progrès les plus réels réalisés par la convention.

Il y a, au fond, dans la notion d'ordre public, une idée juste ; un Etat ne peut consentir à l'application, sur son territoire, de toutes les lois étrangères quelles qu'elles soient ; seulement, par son caractère vague échappant à toute définition, la notion générale d'ordre public peut constituer un véritable danger pour l'avenir et le développement même du droit international ; dès lors, si on peut substituer à la notion vague et générale quelques règles précises, l'idée juste produit tous ses effets utiles et aucun inconvénient sérieux n'est à redouter.

1. Louis Renault, *Les Conventions de La Haye*, 1903, p. 40.

« Les formules générales laissant trop de place à l'incertitude ont été rejetées et les cas exceptionnels, où la règle pourrait être écartée, ont été énumérés ».

2. Cf. Franz Kahn, *Zeitschr*, 1902, p. 218 et suiv., p. 220 et note 26 ; Denkschrift, *Zeitschr.*, 1904, p. 525, qui relève que la convention s'oppose, dans les cas où elle est elle-même applicable, à la mise en œuvre de l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil allemand. Dans le même sens, Sauer, § 50, p. 277, 278, 283, n° 5. Cet article 30 porte que, « l'application d'une loi étrangère est exclue, lorsque son application irait à l'encontre des bonnes mœurs ou du but d'une loi allemande ».

La solution excellente, consacrée sur ce point par la convention, a été facilitée mais non exclusivement rendue possible par le fait que l'on se trouvait en présence de législations connues (1) ; la connaissance des législations des Etats qui pouvaient éventuellement devenir des Etats contractants et des principes qui les inspirent a permis non pas d'établir, mais seulement de faire plus courte, la liste des cas où la loi locale peut intervenir au nom de son ordre public. On conçoit très bien qu'un législateur dresse, quelle que soit la législation éventuellement applicable, la liste des cas où l'ordre public local reprend la place prépondérante.

C'est par suite à tort que l'on a critiqué (2) l'omission par la conférence d'une précaution quelconque contre la possibilité de modifications ultérieures des législations des Etats contractants.

Le droit d'intervention réservé à l'ordre public par les articles 2 et 3 de la convention est, étant donnés les principes qui dominent les législations des Etats contractants, largement suffisant pour parer aux dangers pouvant résulter de ses modifications ultérieures. Il est d'ailleurs à noter que les modifications qui se sont en fait produites et qui ont été nombreuses, lois suédoises des 8 juillet 1904 et 6 mars 1908, loi hollandaise du 7 juillet 1906, loi roumaine des 11-24 mars 1906, loi française du

1. Cf. divergent, Franz Kahn, *Zeitschr.*, 1902, p. 219.

2. Franz Kahn, *Zeitschr.*, 1902, p. 220 ; cet auteur aurait voulu que la Conférence ajoutât à l'article 8 qu'« aucun Etat ne s'oblige à appliquer une loi qui n'eût pas été en vigueur au moment de la ratification de la convention ».

21 juin 1907, lois belges des 8 février 1906 et 7 janvier 1908, Code civil suisse du 10 décembre 1907 et décret-loi portugais du 25 décembre 1910 sur le mariage (1), ont beaucoup plus tendu à rapprocher les différentes législations des Etats contractants qu'à les écarter les unes des autres (2).

Il eût été d'autant plus regrettable de paralyser, même de façon indirecte, l'essor législatif des Etats contractants qu'en fait, comme nous venons de le voir, la direction donnée à cet essor a été heureuse et que le droit de tout Etat de dénoncer, tous les cinq ans, la convention à l'égard même d'un seul des autres Etats contractants constitue une garantie des plus réelles.

La seule critique un peu grave que l'on puisse, dans l'ordre d'idées où nous nous plaçons, formuler contre la convention, est la suivante :

La convention, après avoir ainsi écarté en principe la notion générale d'ordre public, la laisse réapparaître sous un autre nom dans certains cas particuliers.

Les articles 2 et 3 confèrent certains droits aux législations locales, au cas d'empêchements fondés sur des motifs d'ordre religieux ; or, dans les pays dont la législation est fondée sur des principes religieux, les considérations d'ordre religieux peuvent jouer le rôle qu'ont, dans les autres, les consi-

1. Ce décret-loi est entré en vigueur le 1^{er} avril 1911, article 63 de ce décret-loi, combiné avec l'article 354 du décret-loi sur l'état civil du 18 février 1911.

2. M. Travers, *Les Conventions de La Haye*, p. 39 à 43.

dérations d'ordre public; la Conférence aurait dû, par suite, au lieu d'employer la formule générale et bien vague de prohibitions fondées sur des motifs d'ordre religieux, donner une énumération, ce qui d'ailleurs eût été facile. Les propositions de l'Autriche à la troisième Conférence (1) semblent indiquer que les États intéressés se seraient contentés de voir mentionner la prêtrise, les vœux de célibat perpétuel des moines et des religieuses et le fait que les futurs époux seraient l'un chrétien et l'autre non chrétien.

29. — Cependant, dans la pratique, la Convention relative au mariage a justement fini par être assez rapidement dénoncée, d'abord par la France (dénonciation ayant pris effet au 1^{er} juin 1914) à cause du système qui avait été adopté en matière d'ordre public.

On s'est aperçu en France, que l'on allait être obligé d'accepter un empêchement au mariage résultant d'une disposition du droit public allemand. Les Alsaciens-Lorrains, déserteurs de l'armée allemande, ne pouvaient, pour leur mariage, se conformer à la prescription contenue dans l'article 1315 du Code civil allemand, exigeant pour le mariage d'un militaire la permission de l'autorité compétente. La Convention de La Haye prescrivant l'application de la loi nationale, la France ne pouvait pas reconnaître à ces Alsaciens-Lorrains déserteurs

1. Actes, 1900, p. 45 et s.

la capacité de contracter mariage, d'après leur loi nationale. Elle ne pouvait pas, à défaut d'une réserve générale de l'ordre public, inscrite dans la Convention, refuser de tenir compte de cet empêchement (1). Elle fut donc amenée à dénoncer la Convention et celle-ci fut ensuite dénoncée par d'autres États.

30. — Cet incident exerça une influence très nette sur les récentes conférences de la Haye, au cours desquelles on semble avoir définitivement abandonné le système de l'énumération et en être revenu à celui de la formule générale. Anzilotti, à la Conférence de 1925, condamne péremptoirement toute autre solution : « On discute depuis 60 ans au moins « sur la formule à adopter pour l'ordre public ; on « n'a pas encore trouvé la formule satisfaisante ; à « mon avis, on ne la trouvera pas ; mais la réserve « n'en est pas moins nécessaire. »

La 3^e Commission constata l'échec de la tentative de 1904 ; son rapport note que la méthode adoptée alors aurait conduit, contrairement à l'intention de ses auteurs, à élargir le domaine de l'ordre public au delà de ses limites naturelles et à lui enlever toute souplesse. Il faut laisser cette question à l'appréciation du juge.

Le texte élaboré en 1925 (2) fut repris en 1928 (3) sans changement et sans discussion ; c'est l'ar-

1. Voir *Revue Darras*, 1914, p.5. « Le mariage des déserteurs en Belgique et la dénonciation par la France des Conventions de La Haye », par X...

2. Actes de la Conférence de la Haye, session de 1925.

3. Actes de la Conférence de la Haye, session de 1928.

ticle 6 du projet de convention actuellement soumis à la ratification des Etats :

« Si l'application de la loi prévue à l'article 1^{er} est
« absolument incompatible avec les principes de
« l'ordre public reconnus dans un des Etats con-
« tractants, elle pourra être exclue dans les limites
« fixées par la loi territoriale ou même être excep-
« tionnellement remplacée par l'application de la
« dite loi. »

CHAPITRE IV

La doctrine en France

§ 1. — L'ordre public en droit interne.

31. — « Ni la législation, ni la doctrine ne fournissent de critérium à l'aide duquel on puisse déterminer d'une manière certaine quelles sont les lois qui doivent être considérées comme intéressant l'ordre public. » Telle est la constatation que font Aubry et Rau (1).

Ces auteurs se bornent à examiner un assez grand nombre de dispositions législatives que l'on s'accorde à considérer comme étant d'ordre public : textes relatifs à l'état des personnes, à la protection des incapables, dispositions prises en vue de sauvegarder les intérêts des tiers, etc...

On trouve la même note de découragement, en présence de cette notion, chez Gény (2) : « La seule direction, dit-il, « un peu nette, qu'on en ait déduite, se ramène à une prédominance nécessaire de l'intérêt général (bien commun) sur l'intérêt indi-

1. *Cours de dr. civil français*, V^e édition, t. I, p. 178.

2. *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 461
Paris, 1914-1924.

« viduel... Ces mots d'ordre public restent à l'état
« d'enveloppe vide... Malgré tout, il ne semble pas
« que notre droit contemporain puisse davantage
« se passer de l'expression « Ordre public », « bonnes
« mœurs. »

32. — Ch. Beudant (1) entreprend de préciser la notion en question, en se basant sur la conception que l'on doit se faire des rapports entre l'individu et la Société.

« Dans un pays civilisé, on a compris la nécessité
« de discipliner l'activité privée pour la conformer
« à un ordre raisonné ; la loi est la forme la plus
« perfectionnée de la protection sociale... La liberté,
« dans la vie sociale, consiste à ne dépendre que
« des lois, à user de ses droits dans la mesure tra-
« cée par elles et sous leur garantie... » La loi, qui
est ainsi le facteur essentiel de la sécurité, doit
donc être obligatoire pour le pouvoir exécutif, pour
le pouvoir judiciaire et pour les particuliers. On ne
conçoit pas à première vue qu'il puisse être permis
d'y déroger : « Ou la règle est nécessaire et il faut
« l'appliquer à tout le monde, ou elle ne l'est pas et
« alors il n'y a pas de raison de l'imposer à per-
« sonne ».

Or, l'article 6 du Code civil pouvait admettre qu'on peut déroger à certaines lois, celles qui n'ont pas le caractère de lois d'ordre public. Ceci ne peut s'expliquer que de la manière suivante : l'ordre

1. *Le droit individuel et l'Etat*. Cours de droit civil français, Paris, 1896, introduction.

imposé dans la société est établi dans l'intérêt général ; les lois auxquelles on peut déroger seront donc celles qui n'intéressent pas la société collectivement, qui s'inspirent de l'intérêt des individus.

Malheureusement, la classification des lois au point de vue de l'ordre public n'a rien d'absolu ni d'exclusif ; il règne en cette matière une grande incertitude ; on ne peut pas tenir compte de la forme que le législateur a donnée aux dispositions qu'il a édictées ; il y a des lois qui ont la forme du commandement, qui sont impératives ou prohibitives ; mais, par exemple, la prohibition édictée dans l'intérêt des tiers tombe quand l'intéressé adhère à l'acte contre lequel on a voulu le protéger. Il faut donc considérer non la forme, mais l'esprit, non pas l'expression, mais la pensée. C'est donc la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt individuel qui permet le critérium ; mais cette démarcation ne peut être tracée que par le juge. L'article 6 vise aussi à assurer le respect de la morale du pays ; le juge aura besoin ici d'une impartialité exceptionnelle, il devra s'inspirer d'une morale légale, faire abstraction de son tempérament individuel.

33. — M. Capitant (1), s'appuie sur la même distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé, et sur ce principe que la liberté doit dominer toutes les matières du droit privé, parce que l'autorité

1. *Introduction à l'étude du Droit Civil*, p. 60.

sociale ne peut limiter l'activité des particuliers, que dans la mesure nécessaire pour le maintien de l'ordre social. L'ordre, dans l'Etat, c'est l'arrangement des institutions, l'organisation, les règles qui sont indispensables au fonctionnement de l'Etat ; le mot ordre public répond à l'idée d'une disposition logique, d'une subordination qui donne à l'ensemble l'unité et la vie.

Les lois civiles d'ordre public doivent être l'exception, par leur nature même, puisque le droit civil est destiné à régler les rapports des individus entre eux, donc des intérêts privés. Ces lois ne touchent à l'ordre public que dans la mesure où elles limitent la liberté des individus, afin d'empêcher que cette liberté ne devienne une cause de trouble, de danger pour l'ordre et la sécurité générale.

Par ailleurs, M. Capitant, passant en revue les principales matières du Code civil, note que l'ordre public se présente tantôt comme une règle, par exemple dans le droit de la famille, tantôt comme une exception, par exemple, dans la matière des successions.

Demante (1) observe aussi que ce n'est qu'en se pénétrant bien du but, du motif de la loi qu'on arrive à déterminer s'il est ou non possible d'y déroger. Il est impossible à cet égard d'élaborer une théorie complète ; on ne peut envisager la question qu'à propos des cas d'espèces.

1. *Cours analytique de Code civil*, repris par Colmet de Santerre, 2^e édition, t. I, Paris, 1881.

Mais, à Demante, Demolombe (1) répond que le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir à cet égard l'incertitude et l'arbitraire, en déterminant parmi les règles si nombreuses et quelquefois même controversées du droit naturel, celles qui deviendront lois, celles qui seront juridiquement obligatoires. D'ailleurs, comme il y a plusieurs sortes d'intérêts, il y a plusieurs sortes de lois ; et si chacun peut sacrifier son intérêt privé, nul ne saurait compromettre l'intérêt général ; à ce sujet, l'ordre public ouvre la plus vaste et la plus difficile carrière à l'appréciation, mais cette question doit se développer progressivement.

Déjà, Duranton, en 1825, à une époque où il ne pouvait encore donner du Code civil qu'une explication surtout dogmatique, estimait que ce ne pouvait être que par le développement successif de cette matière de l'ordre public, que la règle posée par l'article 6, règle susceptible de beaucoup de restrictions, pourrait être sainement entendue (2).

Loché (3) rapporte qu'à la séance du Corps Législatif du 5 mars 1803, au cours de l'élaboration du Code civil, il fut observé, touchant la rédaction de l'article 6, que les mots « ordre public » eussent seuls pu suffire ; l'addition que l'on a faite des mots « bonnes mœurs » n'a eu pour objet que de donner au texte toute la clarté dont il était susceptible. En effet, tout ce qui concerne les bonnes mœurs

1. *Cours de Code Napoléon*, IV^e édit., Paris, 1869.

2. *Cours de droit français*, t. I, 1825.

3. *Législation*, t. I, p. 377.

intéresse l'ordre public... Locré interprète alors cette disposition en disant que protéger les conventions contre les lois qui ont pour but de maintenir l'ordre dans la société, ce serait placer les volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat.

Marcadet (1) indique que pour déterminer si telle disposition est d'ordre public, il faut toujours remonter à sa cause et voir si celle-ci est le respect de l'ordre et de la morale. Il n'y a pas à restreindre les cas d'ordre public aux cas dans lesquels le législateur formule nettement une prohibition. Il y a des dispositions qui sont très nettes à cet égard, parce que le rapport existant entre celles-ci et l'ordre public ou la morale n'est pas toujours très saillant, c'est pourquoi le législateur a réprouvé le besoin de se prononcer expressément. C'est toujours l'opposition entre l'intérêt public et l'intérêt privé qui est à la base de cette conception.

De même, dans Masson (2), l'ordre public est constitué par l'ensemble des dispositions légales, impératives ou prohibitives qui sous certaines sanctions, civiles ou pénales, ont pour objet de protéger l'ordre social établi, en limitant, sans l'entraver, la liberté de l'interprétation judiciaire ou des conventions privées.

Gounot (3) commence à observer que l'on a trop eu

1. *Explication théorique et pratique du Code Civil*. Paris, 1884, 8^e édition, t. I.

2. *De la notion d'ordre public dans ses rapports avec la jurisprudence*. Thèse Paris, 1899, p. 123.

3. *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse Dijon, 1912, p. 112

tendance à ériger la volonté en principe unique du droit, mais il n'explique pas au fond autrement que par un appel à la notion de la volonté générale, cette justice collective qui vient limiter la liberté de contracter au nom de l'ordre public.

De même, Josserand (1) enseigne que les intérêts particuliers doivent fléchir devant les exigences de l'ordre public, qui agit conformément aux besoins sociaux; et Planiol et Ripert (2) fondent la notion d'ordre public sur cette dépendance matérielle chaque jour plus étroite de l'individu par rapport au milieu où il vit, et sur le sentiment toujours plus net qu'aucune société ne peut rester indifférente aux fins poursuivies par les contractants et doit veiller au maintien d'un certain degré de justice.

En somme, tous les auteurs cités ci-dessus, de Beudant à Planiol et Ripert, se rattachent tous à ce qu'on pourrait appeler l'école classique dont la caractéristique est d'avoir maintenu, ici, des idées romaines en appuyant la notion d'ordre public sur la distinction du droit public et du droit privé : la liberté étant la règle, dans ce dernier, tandis que la limitation serait l'exception, l'ordre public se rattachant aux intérêts de la société par opposition à ceux des particuliers.

Cette conception a l'avantage de donner une notion cohérente, unitaire, de l'ensemble des applications particulières de l'idée d'ordre public, mais elle a

1. *Cours de droit civil français*. Cours 1930, I, p. 82.

2. *Traité pratique*. Paris, 1925, vol. II, n° 473 (obligations).

l'inconvénient de n'apporter aucune précision réelle à cette théorie juridique.

Nous allons maintenant passer en revue plusieurs groupes de doctrines qui s'écartent plus ou moins de la conception classique.

34.— Alglave (1) examinant l'action du ministère public en matière civile, et se montrant partisan de l'extension du rôle du Parquet, s'est trouvé dans la nécessité de préciser la notion d'ordre public. Sous peine d'ouvrir la porte à des abus, on ne peut, en effet, laisser dans le vague cette notion, qui est destinée à déterminer les cas dans lesquels le Parquet peut se porter partie principale.

Selon cet auteur, on entend par dispositions d'ordre public celles auxquelles les particuliers ne peuvent pas renoncer. Il indique que ce n'est pas là une définition intrinsèque de l'ordre public, mais une sorte de définition extrinsèque, à l'aide de laquelle on pourra le reconnaître plus aisément.

Ce qui distingue cette tentative des opinions précédemment examinées, c'est qu'au lieu de s'appuyer sur le fondement de l'exception basée sur l'ordre public, sur sa raison d'être, qui ne donne rien de précis, elle fait appel à un critère externe, un indice, lequel d'ailleurs au fond, n'est pas plus efficace. En effet, pour décider si la renonciation à cette disposition est impossible, il faut savoir si elle est d'ordre public. C'est un cercle vicieux.

1. *Droit d'Action du Ministère public en matière civile*. Thèse Paris, 1868.

Voici maintenant une série d'auteurs qui apportent indirectement une précision à la notion d'ordre public, en en rompant l'unité. Il y a pour ceux-ci plusieurs degrés d'intensité dans la règle de l'ordre public.

35. — Citons dans ce sens :

Saleilles (1) : « Lorsque la loi n'impose pas une solution, mais qu'elle se contente d'en préférer l'application en vue de l'ordre public, elle admet donc une différence d'intensité de l'ordre public, d'après l'importance des intérêts en cause ».

Merlin (2) : « Il y a une foule de matières qui sont considérées comme appartenant à l'ordre public, et par suite comme absolument indépendantes des conventions particulières puisque restreintes par leur objet aux intérêts de simples individus ; elles semblent dépendre uniquement du droit privé (par ex. état des personnes). Elles sont étrangères à l'objet capital du droit public (organisation du corps social) mais elles y tiennent secondairement parce que l'ordre public est intéressé à ce que tous les individus dont se compose le corps social soient classés dans une catégorie non seulement politique, mais aussi sociale et civile. »

Japiot (3) enseigne que la matière de l'ordre public se résout en une simple importance attribuée à telle règle par une appréciation subjective. Cette notion

1. *De la déclaration de volonté*. Paris, 1907, p. 211.

2. *Répertoire de jurisprudence*, t. X, 5^e édit. Paris, 1827.

3. *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909.

de règle plus importante implique par elle-même que l'ordre public n'est pas un. Non seulement, il n'est pas un, mais il est aussi essentiellement mobile :

Marmion (1) fait une distinction entre le droit de la famille et le droit du patrimoine. Le droit de la famille se rapproche du droit public. Il touche aux besoins essentiels de la société. En principe, ce sera donc un droit qui ne contiendra que des règles d'ordre public. C'est seulement sur le terrain du droit patrimonial, des biens, de ce qui est appréciable en argent, que les lois seront en principe d'intérêt privé et exceptionnellement d'ordre public.

Capitant (2) proclame aussi « que, par leur nature, « les lois civiles d'ordre public doivent être l'exception, puisque les lois civiles sont destinées à régler « les rapports des individus entre eux, c'est-à-dire des « intérêts purement privés ». Et Baudry-Lacantinerie et Barde, déclarent aussi que sur le terrain du droit privé, les lois impératives sont l'exception.

« En disant, font-ils observer à ce sujet, que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, les auteurs du Code civil donnent à entendre que quand une convention est opposée à un texte législatif, c'est elle qui doit l'emporter » (3).

En somme, il y aurait trois couches dans l'ordre

1. *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*. Thèse Paris, 1924.

2. *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 28.

3. *Traité*, vol. I. Personnes, n. 265. Paris, 1907.

public : au sommet, le droit public où l'ordre public est le principe, ensuite, dans le droit privé, les lois de la famille, où c'est la même chose à peu près qu'en droit public et enfin, les lois patrimoniales, qui, en principe, ne sont pas d'ordre public.

Tous les auteurs que nous avons passés en revue jusqu'à présent admettent pour fondement à la théorie de l'ordre public cette idée que la liberté individuelle est le principe, la contrainte sociale l'exception.

36. — Vareille-Sommières (1), en premier lieu, appartient à une catégorie d'auteurs qui semblent s'écarter de cette doctrine.

Il commence par enseigner que toutes les lois sont d'ordre public, puisque toute loi est faite en principe pour le bien commun, sans cela ce ne serait pas la peine de faire une loi. D'autre part, on ne peut pas admettre qu'il soit permis de déroger à une loi.

Mais, aussitôt, notre auteur déclare que chaque individu a toujours la faculté de renoncer à un droit que la loi lui confère. Il est ennemi de l'idée de dérogations et lui substitue celle de renonciation, qui, au fond s'y ramène. Avec la renonciation, on voit réapparaître la conception de l'ordre public, c'est-à-dire l'ensemble des cas dans lesquels la loi interdit toute renonciation. Vareille-Sommières arrive

1. *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*. Paris, 1899.

ainsi aux mêmes conclusions que la théorie classique.

Duguit (1) adopte une thèse qui est véritablement en opposition avec la doctrine individualiste : tout est une question de nécessité sociale. C'est une nécessité sociale que de laisser les particuliers libres de contracter. L'ordre public intervient alors de la manière suivante : il consiste à reconnaître que le motif de nécessité sociale qui inspire tel ou tel texte de loi positive est plus fort que le motif de nécessité sociale qui a fait promulguer la règle de la liberté contractuelle. En réalité, avec cette doctrine, on aboutit aux mêmes résultats qu'avec la théorie individualiste : de même que les individualistes tiennent compte des besoins sociaux, les partisans de la thèse sociale tiennent compte aussi de l'individu. Il y a dans la doctrine de Duguit une distinction qui peut être très féconde, c'est la distinction bien connue entre les règles normatives et les règles constructives. Les lois qui sont règles normatives sont celles qui contiennent la constatation du devoir social de chaque individu. Elles sont inévitablement impératives. Il y a les lois qui prévoient les mesures propres à assurer l'observation des règles normatives. Cette partie de la législation n'est pas nécessairement obligatoire ; c'est un choix arbitraire entre plusieurs moyens possibles. Ce sont les dispositions de ce genre auxquelles l'article 6 du Code civil permet de déroger.

1. *L'Etat*. Paris, 1901.

Remarquons que cette distinction n'éclaire pas cependant beaucoup le problème, car il faudra toujours, comme dans la théorie classique, en présence d'un texte de loi, rechercher s'il est la traduction d'une norme impérative ou si c'est une partie constructive, obligatoire pour le juge mais non pour les particuliers.

« Toutes les difficultés, certes, dit Duguit, ne sont pas résolues par cette distinction qui consiste à rechercher si une disposition de la loi, du Code, doit être considérée comme l'expression d'une règle juridique ou comme une construction. Mais il suffit de poser le principe de l'interprétation, c'est au juge d'en faire l'application. » (1).

§ 2. — L'ordre public en droit international privé.

37. — Dans la doctrine du droit international privé, il y a en France une catégorie importante d'auteurs qui défendent, en ce qui concerne la notion d'ordre public, une théorie nettement apparentée à la conception soutenue en droit interne par ce que nous avons appelé au chapitre précédent l'école classique.

Pour les uns, comme pour les autres, c'est d'un conflit entre liberté individuelle et l'intérêt social qu'il s'agit, la liberté individuelle étant le principe. Les internationalistes en question se rattachent en effet à l'école italienne, fondée par Mancini et basée sur le principe des nationalités. C'est la loi natio-

1. *L'Etat*, Paris, 1901, I, p. 562.

nale de chaque personne qui s'applique à la solution des divers conflits de lois la concernant, parce que l'Etat est beaucoup plus un agrégat de personnes qu'un pouvoir sur un territoire. A l'application de la loi nationale, il faut toutefois apporter des exceptions : la première, c'est l'ordre public international, qui exige qu'en une foule de matières, ce soit la loi territoriale qui soit appliquée : régime de la propriété, droit public, lois de publicité dans l'intérêt des tiers, etc...

Lisons d'abord Weiss, *Traité théorique et pratique*, tome III (1) :

« L'ordre public concerne l'intérêt de tous. L'Etat défend ses bases et son organisation. Puisqu'il est indispensable aux hommes de vivre en société, il est naturel que les intérêts de cette société soient sauvegardés, fut-ce à leur détriment (2) ».

Weiss distingue d'ailleurs l'ordre public interne de l'ordre public international : « L'ordre public international est englobé dans l'ordre public interne, mais étant plus étroit, il est d'interprétation restrictive, intervenant exceptionnellement pour écarter la loi nationale compétente ».

« L'ordre public international comprend : 1^o les lois relatives à l'exécution des actes et des jugements en ce qui touche à un intérêt public ; 2^o les lois pénales, car la morale publique est en jeu ; 3^o le droit public, les lois constitutionnelles, les intérêts économiques de la société, le régime ter-

1. Deuxième édition, p. 392 et s.

2. V. Weiss, *loc. cit.*

ritorial de la propriété, les intérêts moraux et religieux et tous les intérêts généraux pour la conservation de l'Etat ».

A quoi reconnaît-on qu'une disposition légale rentre dans cette énumération ? La forme impérative ou prohibitive n'est pas un critère certain, le juge doit rechercher le but du législateur.

Le pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux est très large. Regrettera-t-on, se demande Weiss, que les différentes législations n'aient pas cru devoir limiter ce pouvoir, en donnant l'énumération complète des dispositions qu'elles considèrent comme étant d'ordre public ?

L'intérêt général, observe-t-il, base de l'ordre public, est chose essentiellement actuelle et mouvante. Le juge pèse les circonstances, la marche des idées vers le progrès ou l'altération des mœurs... L'ordre public est une notion contingente et il serait fâcheux que cette notion fût condamnée à l'immobilité par une définition législative qui serait nécessairement imparfaite.

D'ailleurs, c'est un principe supérieur du droit international qui permet au souverain local de refuser son concours ou sa sanction à des droits ou à des actes qui sont périlleux pour l'ordre public et pour les mœurs.

Despagnet expose avec une très grande netteté la théorie de l'ordre public qui correspond à la doctrine de la personnalité du droit (1).

1. *Précis de droit international privé*, 5^e éd., Paris, 1909.

Il définit l'ordre public : « L'ensemble des règles légales qui, étant donné les idées particulières admises dans tel pays déterminé, sont considérées comme touchant aux intérêts essentiels de ce pays ».

Les dispositions juridiques d'ordre public sont donc, dit-il (1), comme une forteresse dans la législation de chaque pays. Malheureusement, il n'y a pas de critérium pour les reconnaître... il faut étudier l'esprit de la législation et rechercher les intentions du législateur ; les tribunaux doivent connaître aussi les idées générales, les mœurs, la politique, l'économie, car tout cela constitue les conditions indispensables de l'ordre public. Sans doute, on ne doit pas ériger les juges en législateurs, mais leurs idées personnelles ont leur importance, en fait d'ordre public.

Le juge doit tout d'abord considérer l'ordre public comme exceptionnel et l'interpréter restrictivement. La conception de la territorialité des lois exagère abusivement le domaine de l'ordre public : celui-ci ne peut comprendre que les textes relatifs à l'organisation de l'Etat.

D'autre part, il n'y a pas à tenir compte de l'ordre public de l'Etat étranger dont la loi est appliquée. A cet égard, il n'y a que quelques principes dont la portée soit universelle, parce qu'ils reposent sur l'idée d'humanité (ex. esclavage).

Ainsi, il y a trois degrés d'intensité dans l'ordre public :

1. Clunet, 1889, p. 5.

1^o La morale, dans ce qu'elle a d'universel, dans une civilisation donnée : monogamie ;

2^o Les principes moraux moins universels (divorce).

3^o Ce qui ne fait pas partie de la morale et ce pourquoi on est moins rigoureux, en n'excluant la loi étrangère que si elle compromet l'intérêt général ;

D'ailleurs, les conséquences d'une disposition contraire à l'ordre public peuvent souvent être acceptées sans difficulté ; alors que la disposition elle-même serait forcément exclue : par exemple : le remariage d'une personne divorcée peut être admis dans un pays où le divorce est prohibé.

Despagnet montre enfin que les fonctions de l'ordre public sont au nombre de deux : 1^o Une fonction négative, quand il écarte un acte valable d'après la loi étrangère, mais interdit par la loi locale ; 2^o une fonction positive, lorsqu'il est attributif de compétence législative, en imposant la loi territoriale (1).

Audinet (2) se rattache étroitement à Weiss et Despagnet : il définit l'ordre public : « l'ensemble des dispositions légales ou des institutions qui, dans un Etat, ont pour but de régler et de sauvegarder les droits de la société et ses intérêts généraux envisagés sous différents rapports (intérêts

1. *Précis de droit international privé*, Paris, V^e édit., 1906, t. III, ch. III, revu par Ch. Bœck.

2. *Principes élémentaires de droit international privé*. Paris, 1906.

religieux, moraux, politiques, économiques, la tranquillité publique).

Il englobe par conséquent des dispositions fort différentes les unes des autres : il y en a qui présentent un caractère d'immuabilité (intérêts religieux et moraux), d'autres dont l'importance au point de vue de l'ordre public, dépend des circonstances et varient suivant les lieux et les époques.

Audinet, comme Weiss, note que l'ordre public en droit interne a une sphère d'action plus étendue. Il reconnaît enfin que la conception de l'ordre public n'est nullement précisée dans la loi et qu'il appartient au juge d'en déterminer la portée.

Arthuys et Surville placent aussi la personnalité des lois au sommet du système des conflits de loi et n'admettent l'application de la loi territoriale que si l'intérêt de l'Etat est en jeu, c'est-à-dire si l'ordre public est en cause. Ils reconnaissent d'ailleurs, eux aussi, qu'il n'y a pas de critérium prévu et que le juge doit s'inspirer des mœurs et des données de la conscience publique ; qu'une loi soit d'ordre public international, c'est pour eux une question de fait.

Surville (1), en particulier, insiste sur le principe de la personnalité des lois ; il faut sauvegarder l'individu, et il ne faut pas exagérer le trouble social qui peut résulter de l'application d'une loi étrangère en conflit avec les principes sociaux de l'Etat, sur le territoire duquel elle doit s'appliquer.

Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, III^e éd. Paris, 1925, revu par Arthuys.

38. — Aux antipodes de l'école de la personnalité du droit, se situe une doctrine qui n'a pour ainsi dire plus de partisans aujourd'hui et que l'on ne peut guère citer que pour mémoire, c'est celle dite de la courtoisie : en principe, toutes les lois sont rigoureusement territoriales, et en droit cette règle ne comporte pas d'exception ; l'application d'une loi étrangère est donc toujours facultative et faite à titre de simple courtoisie.

Fœlix et Demangeat (1) partent de cette idée que chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire.

Tous les effets que les lois étrangères peuvent produire sur le territoire d'une nation dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation qui n'est pas obligée d'admettre l'application et les effets des lois étrangères. On se conduit uniquement d'après les considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations (*ex comitate ob reciprocam utilitatem*). Il y a une convention tacite sur l'application des lois étrangères, fondée sur les besoins réciproques. Cette convention est censée prévoir une réciprocité complète.

D'autres Etats regardent certains droits comme inhérents absolument à la qualité de citoyen, de manière à en exclure les étrangers ; ou bien, ils attachent une telle importance à quelques-unes de

1. *Traité de droit international privé*, par Fœlix, revu par Demangeat, Paris, 1866, t. I, p. 24.

leurs institutions qu'ils refusent l'application de toute loi étrangère incompatible avec l'esprit de ces mêmes institutions.

La *comitas*, c'est l'ensemble des considérations qui peuvent guider les gouvernements et les juges dans les cas de conflits de lois.

Les nations sont trop jalouses de leur indépendance pour accepter la création d'un juge supérieur ayant par lui-même le pouvoir de décider qu'une loi étrangère recevra son exécution dans un autre Etat.

Le jurisconsulte énumère les cas de *comitas* et engage les nationaux, par la perspective de la réciprocité, à rendre plus fréquentes les applications de la loi étrangère. Ici, est la règle et l'application de la loi étrangère, l'exception.

De même, Pradier-Fodéré (1) estime qu'il n'y a pas de droit international privé. Un tel droit supposerait l'existence d'une loi commune réglant les relations des Etats en cette matière. En réalité, il n'existe pas de règle de ce genre ; touchant l'application de la loi étrangère, ce n'est pas une question de droit qui se pose, mais une question d'opportunité, d'utilité pour l'Etat. La *comitas* en courtoisie n'est qu'un correctif, nécessaire d'ailleurs, et intelligent de la souveraineté absolue.

Cette doctrine donne à la notion d'ordre public une plus grande extension que celle qu'elle a dans la doctrine de la personnalité, mais, dans celle-ci, l'ordre public qui doit en principe jouer un rôle

1. *Traité de droit international public Européen et Américain*. Paris, 1887, t. III, p. 162.

exceptionnel, n'est pas davantage l'objet d'une définition précise et ouvre la porte à des applications indéfinies.

39. — Nous abordons maintenant une série d'auteurs qui ont marqué un effort plus net pour préciser la nature et la portée de la notion d'ordre public en droit international privé.

M. le Professeur Martin (1) montre d'abord que la doctrine de l'ordre public, telle qu'elle est consacrée dans l'école de la personnalité du droit ou école italienne, renferme une confusion.

Dans cette doctrine, la territorialité de certaines lois résulte de ce que ces lois s'imposent à raison de ce qu'elles touchent au fondement de la société civile. Elle conclut par suite à la territorialité de dispositions qui, en réalité, ne sont pas appliquées à l'exclusion de la loi étrangère pour le même motif.

Par exemple, en ce qui concerne le régime des biens, les lois sont territoriales pour l'école italienne en vertu de l'ordre public. Or, la jurisprudence française n'applique pas toujours ce principe ; par exemple, en matière de titres perdus ou volés, s'il s'agit de titres négociés à l'étranger, on devrait considérer la loi du lieu où le titre a été négocié, pour savoir si l'acquéreur le détient de bonne foi. Les tribunaux appliquent au contraire la loi française et considèrent la négociation comme nulle, si une opposition a été régulièrement formée en France. Il

1. Clunet, 1897, p. 225 ; 446 ; 720 ; *Revue de droit international*, 1897, p. 385 : « Les dispositions d'ordre public. »

y a donc une distinction à faire entre les dispositions relatives au régime des biens et celles d'ordre public international, puisque dans l'espèce envisagée, le tribunal écarte la loi de la situation du lieu, contrairement au principe de la territorialité de cette loi.

M. Martin (1) s'appuie sur la doctrine de Savigny. Il y a une communauté juridique entre les Etats. Cette communauté a pour fondement le fait qu'il se développe des relations juridiques entre leurs ressortissants. Il se forme ainsi une sorte d'association entre les Etats. Cette association s'analyse en une sorte d'adoption à l'occasion de cas d'espèces, de la loi de l'un par l'autorité compétente de l'autre ; mais ceci suppose une communauté internationale basée non seulement sur la civilisation, en ce sens que le pays civilisé refuse d'appliquer le droit du pays non civilisé, mais aussi sur une parenté, une affinité entre ces dispositions de l'Etat étranger civilisé et le droit local ; si bien que le juge écartera exceptionnellement la règle étrangère, si elle lui paraît trop différente de la règle nationale correspondante.

M. Martin observe, en conséquence, que l'ordre public international a les caractères suivants :

Il a un effet strictement territorial : les raisons d'ordre public ne valent que pour le pays même où cette notion est invoquée. Une disposition relative au régime des biens pourra avoir une portée univer-

1. *Etude de droit international privé*, Paris, 1833. *Principes de droit international privé*, Paris, 1930, p. 239 et s.

selle. Au contraire, les effets de la loi arbitrairement substituée au nom de l'ordre public à la loi normalement compétente, seront strictement limités au territoire. C'est ce que l'éminent professeur appelle la territorialité de l'ordre public.

En second lieu, la substitution de la loi locale à la loi normalement compétente, en vertu des règles nationales de conflit de loi est essentiellement actuelle ; ceci veut dire que les dispositions d'ordre public international s'appliquent seulement si elles existent au moment où le juge est saisi ; on ne se place pas au moment où le rapport de droit a pris naissance. C'est à la date du procès que le juge se place pour juger des rapports de la loi normalement applicable et des exigences de l'ordre public international.

M. Bartin conclut de ces observations, qu'il n'est pas possible de déterminer à l'avance, en se plaçant au point de vue de leur objet, quelles sont les dispositions d'ordre public existant dans une législation. En effet, rationnellement, puisque l'effet de l'ordre public est essentiellement territorial, c'est que son intervention présente quelque chose de tout à fait exceptionnel, affranchi des conditions normales d'application des règles de droit ; de même l'actualité de cette intervention. Or, ceci résulte de ce que l'ordre public est le contraire du principe de la communauté du droit ; par conséquent, tout dépend d'un rapport, d'une comparaison entre deux systèmes juridiques ; ce rapprochement, pour une institution locale donnée, don-

nera des résultats tout différents, suivant qu'il aura lieu avec telle ou telle autre institution en règle étrangère. Tout est donc relatif et par suite, les cas d'action de l'ordre public seront essentiellement variables pour chaque disposition de droit interne : en présence de telle loi étrangère, la disposition en question sera d'ordre public, et elle cessera de l'être en présence de telle autre. Devant une telle mobilité, il faut renoncer à tout essai de classification.

En définitive, on ne peut donner de l'ordre public qu'une définition générale et vague : « C'est, dit M. Bartin, l'ordre public national porté, si je puis dire, à sa plus haute puissance, au point de s'imposer, dans le pays, sans autre justification ni réserve quelconque aux étrangers ». C'est d'ailleurs pourquoi l'expression d'ordre public international est en réalité inadéquate.

Lerebours-Pigeonnière (1), adhérant sans réserve à la théorie développée par M. Bartin, insiste toutefois sur cette observation que la communauté du droit a des assises lointaines et profondes dans ce fait que les législations civiles ont toutes plus ou moins puisé aux mêmes sources, savoir le Droit Romain et le Christianisme. Si l'on peut espérer que, dans l'avenir, les Etats s'efforceront de se montrer de moins en moins jaloux de leur indépendance, et tendront plutôt vers une combinaison parcimonieuse des limites de leurs pouvoirs de légiférer, il y aura une réduction progressive dans les cas d'in-

1. *Précis de droit international privé*, Paris, 1928, p. 212, n° 290 et s. p. 309 et s.

tervention, de la notion d'ordre public international.

40. — Dreyfus (1) remarque aussi que l'on exagère parfois la portée de l'ordre public international aux dépens de la communauté internationale de droit. C'est plutôt à l'amélioration de cette communauté qu'il faudrait s'appliquer. Le droit international privé doit refuser de consacrer les résistances à ce progrès et il doit considérer comme une simple tolérance de sa part, les entraves apportées par le droit national à la réalisation de la communauté du droit.

De même, Eliesco (2) déclare que la territorialité des lois d'ordre public n'est qu'une mesure de défense prise dans l'intérêt de la communauté nationale contre les exigences du commerce juridique international. Mais cette arme est très énergiquement utilisée, tandis que la communauté juridique internationale n'est maintenue que très imparfaitement.

Tous ces auteurs se rattachent en somme à l'école fondée par Savigny ; ils estiment que l'ordre public international résistera à toute prévision, et il semble bien que, pour eux, contrairement à ce que soutiennent l'école de la personnalité du droit, et celle de la courtoisie, l'ordre public international apparait vraiment « comme une exception arbitraire dont on ne donne pas de raison » (3).

1. *L'acte juridique en droit privé international*. Thèse Paris, 1904.

2. *Essai sur les conflits des lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*. Thèse Paris, 1925.

3. Bartin, *Principes*, I, p. 272.

41. — M. Julliot de la Morandière (1) approfondit la nature de l'exception tirée de la notion d'ordre public, en remontant jusqu'aux sources, en droit positif, du droit international privé. D'après lui, lorsque l'Etat doit faire juger un rapport juridique où se trouvent impliqués des étrangers, il n'a pas à se demander s'il doit ou non s'incliner devant une souveraineté étrangère, en vertu d'une communauté juridique existant, par hypothèse, entre lui et l'Etat dont relèvent les étrangers en cause. Ce n'est pas une question de limitation géographique des souverainetés qui se pose. M. Julliot de la Morandière critique à cet égard la doctrine de M. Bartin. En réalité, l'Etat légifère, en certaine matière, uniquement pour ses nationaux ; ayant donc à faire juger des étrangers, il ordonnera au juge, soit de leur appliquer la loi locale, soit leur loi nationale, par un décret de sa propre souveraineté, sans se soucier de la souveraineté étrangère et en s'inspirant uniquement : 1^o de son intérêt national, politique ou économique ; 2^o de l'intérêt de ses nationaux ; 3^o de l'intérêt des particuliers étrangers, auxquels il accepte de rendre la justice, et dont il entend par conséquent aussi se préoccuper. Il n'y a donc rien d'international dans les sources des règles de conflit de loi ; ces sources sont exclusivement nationales : l'exception de l'ordre public s'explique donc très facilement : c'est l'Etat qui, invoquant son intérêt, écarte les règles en vertu desquelles il prescrit dans certains cas l'application aux étrangers

1. Cours de Doctorat. Paris, 1930-1931.

de leur loi nationale. C'est une limitation apportée à la sphère d'application de ces règles dont la source est exclusivement dans la souveraineté de l'Etat et que ce dernier peut donc, à son gré, restreindre ou suspendre, même passagèrement ; si, au contraire, comme semble le soutenir M. Martin, « une souveraineté étrangère peut prétendre s'exercer hors de son territoire, si sur le sol de France, elle peut juridiquement se heurter à la souveraineté française, on ne voit pas pourquoi celle-ci limiterait son action légitime et lui imposerait de s'incliner devant l'ordre public français ».

« Mais, dit M. Julliot de la Morandière, la souveraineté étrangère n'entre pas avec la nôtre et n'a aucun droit à s'appliquer en France. Si le législateur français veut avoir un système de conflits de lois et ordonner l'application de la loi étrangère, cela le regarde ; il ne limite pas, il exerce sa souveraineté. Il peut donc, quand cela lui plaît, ne pas avoir de système de conflit. Et, à défaut d'ordre de législateur français, c'est au juge français d'appliquer ou non le système de conflit, de lois en faisant fonctionner ou non l'ordre public.

Tel est, d'après M. Julliot de la Morandière, le droit positif actuel. Evidemment, « le jour où il y aura des législateurs internationaux et des juridictions internationales, devant lesquelles les particuliers, pourront porter leur procès, il y aura un droit privé international » ; l'éminent professeur veut dire par là que la source du droit international privé ne sera plus dans les souverainetés internationales,

mais dans un organe supérieur chargé d'arbitrer le conflit entre les souverainetés qui se produira devant le juge institué par l'autorité internationale.

42. — M. Arminjon (1) écarte aussi bien la conception de la personnalité des lois et celle de la territorialité des lois, que la théorie soutenue par M. Bartin suivant laquelle il y a une délimitation à opérer entre les souverainetés. Il entend, en effet, faire abstraction des notions de loi et de souveraineté qui lui paraissent trop abstraites. Il part de cette constatation qu'il existe uniquement des systèmes juridiques ; dans la terminologie de M. Arminjon, il faut entendre par là un groupement de personnes unies par une règle qui ordonne les principaux éléments de la vie sociale et habituellement, en outre, par des institutions juridictionnelles et administratives. Du moment qu'il y a un ensemble de règles légales, applicables à un groupe de personnes, il y a un système juridique, et les problèmes du droit international privé surgissent précisément lorsque les lois... de plusieurs systèmes juridiques entrent en concours. Dans ces conditions, toute législation doit contenir des règles de rattachement dont le rôle est de délimiter, le cas échéant, son ressort par rapport à celui des autres législations.

Le concours qui peut se produire n'a d'ailleurs lieu, en fait, qu'entre celles des règles des systèmes juridiques qui sont susceptibles de s'appliquer hors du ressort de ceux-ci. Il y a donc, d'abord, deux caté-

1. *Précis de droit international privé* 1927, vol. I, chap. V.

gories de règles juridiques, celles qui sont applicables uniquement dans le ressort du système juridique auquel elles appartiennent ; et qui échappent, par conséquent, au droit international privé ; il y a ensuite les règles qui s'appliquent au rapport de droit et peuvent être empruntées à diverses législations : celle-ci relèvent du droit international privé ; il y aura donc, dans chaque système juridique, une troisième catégorie de règles : les règles de rattachement, celles qui déterminent la partie internationale des règles positives des divers systèmes juridiques, susceptibles d'être en concours ; dans une quatrième catégorie, Arminjon range des règles positives ou de compétence absolue ; ces règles font échec au jeu normal de rattachement ; elles constituent l'ordre public international. Pour connaître la doctrine d'Arminjon en matière d'ordre public international, il faut examiner ce qu'il dit de ces règles qu'il dénomme aussi règles de rattachement purement national.

Dans chaque système juridique, expose-t-il, il y a des dispositions juridiques ou de compétence, qui s'imposent absolument même dans le cas où les règles de rattachement de ce système prescrivent d'appliquer les dispositions positives, ou de compétence, d'un autre système.

L'ordre public ordinaire n'est pas en cause ; il s'agit d'un ordre public spécial, ayant une sphère plus étroite, puisqu'il n'intervient que dans des espèces se rattachant à plusieurs systèmes juridiques. Il est d'ailleurs destiné à se réduire progres-

sivement, au fur et à mesure que les peuples apprennent à se mieux connaître.

Cette exception aux règles de rattachement ordinaire repose sur la nécessité de défendre l'intérêt légitime des nationaux.

La multiplicité des considérations qui peuvent intervenir à ce sujet, empêche de dégager un caractère commun, permettant de distinguer les règles positives d'une portée absolue. Celles-ci n'ont pas une telle portée en vertu de leur nature intrinsèque, mais bien parce que les autorités compétentes du système juridique dont elles forment une partie la leur ont attribuée, à juste titre ou non, dans l'espèce en question. Ceci résulte d'une appréciation qui diffère d'un système à l'autre et, dans un même système, avec le temps.

Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il s'agit très exceptionnellement du maintien de l'ordre social et de la sécurité politique. Le plus souvent, elles usent au contraire, des points de détail. En réalité, les règles de rattachement purement national n'ont pas pour but de maintenir l'ordre public, mais de parvenir, dans tel cas, à une solution juste et utile en apportant une exception à une règle de rattachement ordinaire.

43. — Avec A. Pillet (1), nous nous trouvons en présence d'une tentative extrêmement intéres-

1. *Principes de droit international privé*. Grenoble, 1903 ; *Manuel de droit international privé*. Paris, 1922. En collaboration avec M. J.-P. Niboyet, *Traité pratique de droit international privé*. Paris-Grenoble, 1923.

sante en vue de parvenir à une doctrine véritablement positive en matière d'ordre public. Alors que la généralité des auteurs déjà étudiés conçoivent l'ordre public comme une exception, une sorte de négation accidentelle du droit international privé, laquelle infirme toute cette discipline juridique dont le fonctionnement se trouve toujours incertain, étant susceptible d'être à chaque instant arrêté par un obstacle dont on ne peut préciser les limites, Pillet s'est efforcé d'enfermer la théorie de l'ordre public dans une construction logique du droit international privé, dont elle cessait ainsi d'être la ruine pour être au contraire une des assises.

Se plaçant au point de vue du caractère de la loi, Pillet démontre qu'en droit interne, toutes les lois sont à la fois permanentes, édictées pour s'appliquer d'une manière constante et générale, obligations pour tous les individus. En droit international, ces lois internes perdent forcément un de ces deux caractères : ainsi, elles ne peuvent rester permanentes qu'en devenant extraterritoriales, pour suivre la personne à l'étranger ; mais alors, susceptible d'être transportée hors du territoire, elle cesse d'être générale, elle s'appliquera désormais à certains individus seulement. De même, si la loi doit rester strictement territoriale, elle cessera d'être permanente, ne suivant pas la personne hors du territoire, mais elle restera générale.

Dès lors, il est très facile de déterminer ce que c'est que l'ordre public : c'est la loi générale. C'est

donc une loi normalement compétente à raison de sa généralité, par exemple les lois de police, les lois sur les immeubles, les lois de crédit public, etc...

Pillet déclare, dans ses *Principes*, que l'axiome de la territorialité de l'ordre public est une règle de droit international privé. Il l'est au même titre que tous les anciens axiomes de cette discipline, parce qu'il repose sur la même base, savoir sur les devoirs de l'Etat envers ses sujets, devoir dont le respect s'impose dans les rapports des Etats entre eux. On sait que pour Pillet, le droit international privé a un fondement commun avec le droit international public, à savoir le respect mutuel des souverainetés (doctrine du moindre sacrifié).

La conséquence, c'est que la règle de la territorialité des lois d'ordre public peut prétendre à être universellement respectée, comme toute autre règle de droit international privé (1).

Revenant sur cette idée, dans son *Traité*, Pillet répète que l'ordre public n'est pas une exception ; la territorialité de certaines lois est l'apanage de la souveraineté territoriale, alors que la personnalité d'autres lois est la manifestation de la souveraineté personnelle.

Il y a donc deux souverainetés en présence en lois ; la loi territoriale a une prédominance forcée, étant la traduction de quelque intérêt social plus important.

Dans les *Principes de droit international privé*,

1. *Principes*, p. 424.

Pillet note un corollaire très intéressant de cette conception du droit que l'ordre public arrive à un respect universel. C'est ce qu'il appelle l'effet réflexe de l'ordre public. De même que la reconnaissance universelle d'un principe unique de solution d'un conflit de lois aboutit au respect universel des droits acquis en vertu de ce principe, de même les droits acquis en vertu du principe de l'ordre public peuvent espérer obtenir le même respect. Ainsi, un droit acquis en vertu d'une loi d'ordre public, sera respecté à l'étranger. Et Pillet observe que de la communauté d'idées et de conceptions juridiques réalisée par la morale chrétienne entre un grand nombre d'Etats, il peut découler une communauté identique, touchant la notion de l'ordre public.

44. — Valéry (1) développe la conception de Pillet dans un certain sens en distinguant, parmi les lois d'ordre public, plusieurs catégories :

1^o Les lois d'ordre public personnel ou national. Ce sont celles établissant des rapports immuables entre les membres d'un même pays. Telles sont les lois sur la famille. Elles ne s'appliquent qu'aux nationaux ;

2^o Les lois d'ordre public territorial. Ce sont celles qui ont pour but de faire régner l'ordre sur le territoire. Elles sont d'une application générale. Tel est le cas des lois de police et de sûreté, les lois foncières ;

1. *Manuel de droit international privé*. Paris, 1914.

3° Les lois d'ordre public à la fois personnel et territorial. Ce sont celles destinées à faire régner l'ordre aussi bien parmi les nationaux d'un pays, en quelque lieu qu'ils se trouvent, que sur territoire à l'égard de tous.

Ainsi en sera-t-il vis-à-vis de la France, à l'égard des Français et aussi de tous les étrangers. Ce sont les lois pénales qui, d'une part, s'appliquent à tous sur le territoire, mais qui suivent également dans une certaine mesure les nationaux en pays étranger (art. 5, Code Instruct. Crim.). Cf. *Rép. D. i.* V° Compétence criminelle, par Travers, n° 244 et s.).

4° Les lois d'ordre public absolu. Ce sont celles qui doivent toujours s'appliquer quoi que dispose à cet égard une loi étrangère. Tel est le cas de la loi autorisant la vente d'un objet volé.

45. — M. Niboyet critique cette terminologie (1) et met très nettement en lumière cette idée qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre public, cette idée étant d'ailleurs la seule qui corresponde à la pensée maîtresse qui est à la base de la doctrine de Pillet. L'idée de deux ou plusieurs ordres publics évoque l'idée d'une place publique où la police organiserait plusieurs services d'ordre : par exemple, l'un à l'égard des nationaux, et l'autre plus réduit à l'égard des étrangers. Là où l'ordre doit régner, il faut que chacun s'y plie. C'est que l'on range parfois dans la notion de l'ordre public des lois qui en réalité sont les dispositions impératives, se référant à la théorie

1. *Rép. D. i.* V° Ordre public, n° 7.

de l'autonomie de la volonté. Quand une disposition du droit interne est d'ordre public, elle possède ce caractère à tous les points de vue, interne et international.

D'ailleurs, M. Niboyet (1) adresse à Pillet lui-même le reproche de ne fonder sa théorie de la loi générale, laquelle permet de supprimer le caractère pour ainsi dire pathologique de la notion d'ordre public, qu'au prix d'une confusion entre deux catégories de lois absolument distinctes.

Si, dit-il, les lois d'ordre public se confondent avec les lois générales, il en résulte que toute loi territoriale est à la fois générale et d'ordre public. Mais en réalité, parmi les lois générales, donc territoriales, il y a des dispositions dont le caractère territorial s'explique sans que l'on ait besoin de recourir à la notion de l'ordre public.

On peut d'ailleurs, à cet égard, rappeler l'analyse très profonde à laquelle se livre Martin et d'où il résulte que la territorialité des lois d'ordre public présente un aspect différent de celle attachée aux lois dites à proprement parler territoriales (voir ci-dessus).

M. Niboyet en revient donc à la conception suivant laquelle l'ordre public est limité, dans sa partie, au cas où il s'agit d'écarter exceptionnellement une loi étrangère qui serait normalement compétente en vertu des règles nationales, elle-même, de conflit de lois. C'est « un remède, en vertu duquel la loi étrangère, normalement compétente,

1. *Manuel*, 2^e édition, 1928, p. 527.

pourra être mise en échec par la loi territoriale, chaque fois que son application serait socialement non recommandable dans ce pays ».

Approfondissant la théorie de Martin, M. Niboyet observe que le recours à ce remède qui est fourni par la notion de l'ordre public, est rendu nécessaire non pas seulement par un heurt se produisant entre deux législations ressortissant, deux civilisations différentes, voire opposées, mais aussi et surtout le plus souvent, par un défaut de communauté juridique sur un point déterminé entre deux civilisations identiques. L'ordre public dont on s'occupe dans la pratique quotidienne joue dans les rapports de pays aussi avancés dans le domaine de la civilisation les uns que les autres, mais qui parfois ont réglé certaines institutions différemment (1).

« Pour qu'on applique une loi étrangère, il faut qu'il existe entre les pays, non pas d'une manière générale, mais sur chaque point envisagé (le divorce, la réclamation d'aliments par l'enfant adultérin, etc.) un *minimum d'équivalence* des législations. Lorsqu'on descend au-dessous de ce minimum, c'est absolument comme lorsqu'on tourne un commutateur électrique pour éteindre la lumière ; il n'y a plus de courant, il n'y a plus d'interprétation juridique ».

Il résulte de cette conception que des lois d'ordre public sont fonction du lieu et de l'époque. La notion d'ordre public interviendra ou n'interviendra pas, à l'occasion de telle disposition législative,

1. *Manuel*, 2^e édition, p. 532.

suivant que c'est la loi de tel pays ou celle de tel autre qui doit normalement être appliquée. D'autre part, telle disposition est d'ordre public à un moment donné ; elle cesse de l'être après une réforme législative. Par conséquent, ce caractère variable, suivant les temps et les lieux, du contenu de l'ordre public rend chimérique toute tentative d'en énumérer une fois pour toutes les cas d'application.

L'ordre public est essentiellement national, de telle sorte que si l'on arrivait à faire admettre par tous les Etats les mêmes règles de conflit de loi, on n'obtiendrait pas l'uniformité et la permanence qui est si désirable en droit international privé ; car, tant que les législations internes ne seront pas absolument identiques, on devra toujours admettre l'exception de l'ordre public (1).

Peut-on espérer une certaine consolidation de la théorie de l'ordre public dans les progrès de la Justice internationale ?

Le problème de l'ordre public se complique étrangement lorsqu'il se trouve posé devant un juge international : celui-ci va se trouver aux prises avec un conflit entre deux ordres publics nationaux opposés. Quelle raison aura-t-il de donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre ? Et comment assurera-t-il néanmoins le respect de l'ordre public ?

Les tribunaux arbitraux mixtes institués en exécution des traités de paix ont eu à s'occuper de l'ordre

1. Communication à la Soc. de législ. comparée. *Bulletin*, avril-juin, 1931. Codification du droit international.

public. Ainsi le tribunal anglo-allemand (1) aurait à statuer sur la prescription. Le tribunal commence par déclarer qu'il appliquera le droit international privé allemand. Celui-ci déclare compétente la loi anglaise. Ayant alors à apprécier si la loi anglaise sur la prescription heurte ou non l'ordre public, il se place dans une situation du juge allemand. Et il en conclut que, vis-à-vis de lui, la loi anglaise heurte l'ordre public. Il substitue alors à la loi anglaise compétente la loi allemande, absolument comme ferait un juge allemand.

Ce procédé, observe M. Niboyet, est inadmissible (2). Le grand inconvénient de l'état actuel de notre droit est que chaque juge fait appel à ses règles de droit international privé et à sa conception nationale de l'ordre public. C'est là un mal inévitable devant les juges nationaux.

Le Juge international doit statuer comme un véritable juge international, c'est-à-dire se maintenir dans son rôle supra-national ; le seul ordre public qui puisse exister à ses yeux est l'ordre public international au sens large du mot, c'est-à-dire qui est contraire au droit des gens ; sinon, il est inutile de s'adresser à lui avec un procédé comme celui qui a été employé par le A. M. anglo-allemand, on conserve tous les désagréments de la justice nationale.

1. *Recueil des T. A. M.*, 17 novembre 1926, t. VI, p. 632.

2. *Répertoire de droit international*, t. X. V^o « ordre public », section III, l'ordre public devant les tribunaux arbitraux. V. aussi : *Quelques considérations sur la justice internationale en droit international privé*, dans *Mélanges Pillet*, Paris, 1929.

Il faut remarquer d'ailleurs, que si le juge international doit réellement faire abstraction de l'ordre public « national », il y a là un grand obstacle au développement de la justice internationale dans le domaine des intérêts privés et des procès concernant les particuliers. Soumettre de tels litiges à des tribunaux internationaux, c'est s'exposer à ce que ceux-ci ne puissent évidemment pas respecter l'ordre public des pays en cause. Il faudrait donc déjà exclure de cette compétence tous les cas où l'ordre public est en cause. Mais alors ne serait-ce pas enterrer cette cause de la justice internationale ? Et pourtant abandonner l'ordre public au juge international, ce serait causer un mal certain à la collectivité, et payer très cher un avantage, d'ailleurs problématique, de justice qu'on croit devoir être meilleure et plus expéditive (1).

M. P. Lerebours-Pigeonnière, de même que M. Niboyet, nie qu'il existe des lois d'ordre public absolu ou international, dont le caractère impératif mettrait par lui-même obstacle à l'application de lois étrangères contraires. Le droit interne ne fixe pas le domaine d'application des dispositions qu'il édicte, il laisse ce soin au droit international privé.

Partisan, comme MM. Niboyet et Pillet, de l'unité de l'ordre public, Lerebours-Pigeonnière constate l'existence d'une notion générale de l'ordre public et des termes qui font partie de notre droit positif non écrit. Cette notion limite dans la vie interne les

1. *Rép. D. i.*, t. 10. V. Ordre public, p. 168.

conventions et dans la vie internationale l'application des lois étrangères.

Comme M. Niboyet, se basant sur la théorie de M. Bartin, notre auteur voit dans l'ordre public, une arme exceptionnelle dont use la jurisprudence non seulement à l'égard des institutions provenant de nations pourvues d'une civilisation très différente, mais à l'égard aussi des pays de civilisation analogue, dans les cas où des principes opposés sont adoptés dans la réglementation d'une même institution.

Au minimum d'équivalence, dont parle M. Niboyet, correspond chez Lerebours-Pigeonnière cette idée que certaines solutions adoptées dans le droit positif rencontrent à l'intérieur de l'Etat lui-même certaines oppositions. Il importe d'autant plus de défendre sur ce point l'autorité du législateur national qui serait profondément atteinte, du fait même des dissidences intestines, par l'application d'une disposition législative étrangère consacrant la solution contraire.

CHAPITRE V

La doctrine et la jurisprudence allemandes

46. — « Il ressort des travaux préparatoires de la loi d'introduction du Code civil allemand que les auteurs de la disposition contenue dans l'article 30 de cette loi et qui est relative à l'ordre public, se sont inspirés de la doctrine de V. Savigny (1) ».

La doctrine de Savigny a dominé pendant longtemps la doctrine et la jurisprudence allemande. En réalité, au milieu du XIX^e siècle, la doctrine du droit international privé en Allemagne était partagée entre deux courants :

1^o L'un qui se proposait d'envisager exclusivement le droit positif, le droit souverain, et s'abstenir de toute spéculation philosophique destinée à découvrir des règles générales susceptibles de résoudre tous les conflits de lois possibles entre toutes les législations du monde. C'est V. Wächter qui représente cette tendance.

2^o L'autre qui entreprenait d'examiner, sans prendre en considération une législation nationale quelconque, les dispositions justes et équitables qui

1. W. Simons, *La conception allemande du droit international privé*. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, 1926, t. V, p. 514.

pourraient servir de base au règlement international des conflits : c'est la voie suivie par V. Savigny.

V. Wächter (1) enseigne qu'à défaut de règles de conflit édictées par son propre législateur, le juge doit appliquer purement et simplement la loi locale, celle de son souverain. Wächter repousse même la théorie de la *comitas gentium* ; il ne veut pas de courtoisie du juge envers le législateur étranger ; il veut une obéissance absolue envers son législateur national. Dans cette conception, l'ordre public se trouve confondu dans l'extension considérable donnée au principe de la territorialité de la loi.

47. — Le point de vue Wächter a été adopté à une époque plus récente, par réaction contre les exagérations commises par les disciples de Savigny dans la voie des spéculations philosophiques. Niemeyer part aussi du droit international positif. Selon lui, il n'existe pas un droit national et général qui oblige, de la même manière, tous les Etats ou les juges de chaque nationalité et auquel ils seraient tenus de se conformer dans les cas de conflit. En matière d'ordre public, Niemeyer qui ne veut s'inspirer exclusivement que des données du droit positif allemand reconnaît tout d'abord que la formule qui a été adoptée dans l'article 30 de la loi d'introduction est trop générale pour être pratique (2). Il insiste sur ce fait que cette formule laisse au juge un trop large pouvoir d'appréciation. Niemeyer

1. *Pandekten* Leipzig, 1880.

2. *Das internationale Privatrecht des B. G. B.* Berlin, 1901 p. 93-109.

n'ayant pas, conformément à la méthode positive, d'idées *a priori* sur le contenu de la notion d'ordre public, il est conduit à se borner à l'enregistrement, en cette matière, des décisions de la jurisprudence, tout en s'en tenant par ailleurs, à la lettre des textes, en ce qui concerne les dispositions législatives.

Ainsi, l'article 30 de la loi d'introduction ne fait que poser un principe général : le législateur a, dans certains cas, pour limiter la liberté d'appréciation du juge, fixé la notion d'ordre public à propos de dispositions spéciales. C'est ainsi que l'article 24, alinéa 2 de la loi d'introduction décide qu'en matière d'aliments, nul ne peut faire valoir en Allemagne des droits plus étendus que ceux établis par les lois allemandes. Niemeyer⁽¹⁾ est favorable à une application littérale de cette disposition spéciale d'ordre public, et pour sa validité même entre parties étrangères. Il semble qu'elle pourrait être entendue d'une manière plus restrictive, comme une disposition de protection des ressortissants allemands, et n'être mise en jeu que si la rationalisation d'aliments est dirigée contre un Allemand.

L. Fird est également ennemi des discussions abstraites en cette matière ; l'application de l'article 30 est subordonnée à des considérations de fait qui varient avec chaque cas ⁽²⁾.

Klein, qui est également un positiviste apporte simplement cette précision, d'ailleurs discutable, que lorsqu'une loi étrangère viole le droit interna-

1. *Das internationale Privatrecht*. Berlin, 1901, p. 161.

2. *Revue Darras*, 1907, p. 139.

tional public, ce n'est pas l'article 30 qu'il faut utiliser, mais l'article 31 qui, comme nous l'avons vu, vise le pouvoir de rétorsion ou de représailles juridiques appartenant au chancelier avec l'assentiment du Conseil fédéral.

Cependant, l'école tournée vers la recherche du droit juste et équitable et dont Savigny est le fondateur, est celle qui a eu en Allemagne le plus d'adeptes.

48. — Savigny repousse, en matière de droit international privé comme en matière de droit international public, la conception étroite et égoïste de la souveraineté absolue des lois nationales. Pour lui, les peuples civilisés forment une communauté juridique, dans laquelle chaque membre peut prétendre que ses lois soient respectées de la même manière que les lois des autres membres. Il faut donc, pour chaque rapport juridique, écarter la loi du pays où le conflit se produit, rechercher le point d'attache principal du rapport en question. Telle est la célèbre théorie du siège naturel des rapports juridiques.

Mais, cependant, et c'est là que se trouve sa conception de l'ordre public, il y a, même dans la doctrine de Savigny, des cas où la conception de la communauté juridique des peuples civilisés doit céder le pas à la conception de la législation nationale statuant en dernière instance. Dans ces cas, Savigny reconnaît lui aussi la prétention de la loi nationale à la souveraineté pleine et exclusive en ce qui touche le règlement du conflit. Il parle aussi de

toute une série de lois dont la nature spéciale interdit qu'on leur applique les règles basées sur l'idée du siège naturel ; le juge sera donc tenu d'appliquer, dans ces cas, non pas la loi étrangère déterminée par le siège naturel du rapport en litige, mais sa loi nationale qui, d'après les règles du siège naturel, devrait être exclue. Savigny divise cette série de lois, en deux catégories :

1^o La catégorie des lois d'un caractère strict, positif et coercitif, caractère qui fait qu'on ne peut les traiter sur un pied d'égalité avec les lois étrangères, par exemple, l'interdiction de la polygamie, ou l'indissolubilité du lien conjugal ;

2^o La catégorie des institutions de droit étrangères qui ne sont pas du tout connues ou reconnues dans le pays du juge, comme l'esclavage ou la mort civile.

Ces lois ont toutes un caractère commun d'anomalie, car elles échappent à la communauté du droit dont la généralité est désirable. On peut espérer que par le développement naturel du droit chez les différents peuples, le nombre de ces lois exceptionnelles tendra constamment à diminuer (1).

49. — Le disciple le plus célèbre de Savigny, M. Bar, s'est efforcé de réduire ce domaine des lois dites prohibitives par un appel plus intense encore à l'idée du droit naturel.

Du droit naturel, V. Bar déduit l'obligation, pour chaque Etat, de reconnaître la législation d'un

1. *Système du droit romain*, t. VIII.

autre Etat, quand l'application de cette législation s'impose par la nature des choses. En raisonnant ainsi, il n'évite pas, il est vrai, la difficulté que soulève les lois nationales strictement obligatoires (1), mais il donne une règle d'après laquelle la volonté souveraine du législateur national doit se limiter.

En effet, dans une certaine mesure, les lois étrangères s'imposent obligatoirement dans le commerce juridique entre les peuples civilisés. Il y a une reconnaissance de l'ordre juridique d'Etats précis. Les dérogations ne sont plus du droit si elles sont purement arbitraires (2).

50. — Zitelmann (3) s'efforce de dégager les limites que le droit international public doit poser à la liberté des législateurs nationaux en matière de droit international privé. A cet effet, il analyse les éléments dont est formé l'Etat souverain et distingue : le pouvoir, le peuple et le territoire. De là découle la domination personnelle, d'une part, la domination territoriale, d'autre part.

Celle-ci comprend deux catégories de pouvoirs souverains :

1^o Par elle, l'Etat peut interdire ou permettre toutes les actions qui doivent ou ne doivent pas avoir lieu sur ce territoire, pourvu que ces actions ne portent pas atteinte à la domination soit personnelle, soit territoriale d'un autre Etat. En outre,

1. Simons, *op. cit.*, p. 469.

2. *Theorie und Praxis*, p. 106.

3. *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1897, vol. I, p. 317-380

l'Etat peut donner à toute personne se trouvant sur son territoire des ordres d'avoir à se comporter d'une manière déterminée ; cette faculté est restreinte seulement par la domination personnelle des autres Etats souverains sur leurs ressortissants, domination qui doit, dans tous les cas, être respectée.

2^o Par la domination territoriale, l'Etat est propriétaire de son territoire, c'est-à-dire que le territoire c'est le centre dans l'espace auquel se rapportent toutes les actions qui sont réservées exclusivement à cet Etat. Où est la preuve que c'est dans le droit des gens que l'on doit chercher les principes de la distribution des compétences nationales, en matière de droit international privé ?

Voici comment Zitelmann insère la théorie de l'ordre public dans cette construction doctrinale :

« La communauté juridique internationale repose sur cette hypothèse que chaque Etat manifeste son pouvoir législatif dans des conditions qui sont supportables pour les autres Etats. S'il n'en est pas ainsi, sur un point donné, une brèche est ouverte dans cette communauté et l'ordre public (la clause réservée) intervient. Ainsi, il y a des prescriptions émanant de la domination territoriale, qui ont comme objet les bonnes mœurs ; si la loi étrangère les heurte, la clause réservée peut jouer. Cette clause est d'ailleurs elle-même une règle de conflit. Elle intervient, non seulement à propos des bonnes mœurs, mais toutes les fois qu'un trouble est produit. C'est un moyen guerrier, dit Zitelmann

(Kampf unheil) qui altère le fonctionnement paisible de la communauté internationale.

51. — Frankenstein appartient aussi à l'école de ceux qui s'attachent plus à la recherche du droit juste et équitable qu'à la simple détermination du droit positif.

Son principe fondamental est que le domaine d'application de tout ordre juridique privé peut être déterminé par des considérations *à priori*. Deux théorèmes déterminent ce domaine. L'ordre juridique privé ne vaut que pour les nationaux et pour les biens qui sont situés sur le territoire de l'Etat. Frankenstein se rapproche à cet égard de Zitelmann, nationalité et situation des biens formant les règles de rattachement primaire. L'ordre juridique peut d'ailleurs, dans ce domaine, déléguer son pouvoir, et assujettir les personnes et les biens à un ordre juridique étranger ; cet assujettissement se fait par des règles de rattachement secondaire. Lorsque, en sens inverse, le législateur déclare son propre droit applicable aux étrangers, il s'écarte de ce qui, *à priori*, est juste et nécessaire. Il édicte une règle de pseudo-rattachement. La caractéristique de ce phénomène serait que le législateur soumette de force à son emprise des situations juridiques qu'il ne lui appartiendrait pas, selon les axiomes de Frankenstein, de régir. Et cette emprise ne serait qu'une manifestation de force et de justice (1).

1. *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1926, p. 52. Sur la doctrine allemande voir encore : Guntzwiller, *Beiträge zum I. P. R. und zur Privatrechtsvergleichung*. Heidelberg, 1930. L'ordre

52. — La jurisprudence allemande a, dans l'ensemble, adopté dans l'application de l'article 30 de la loi d'introduction, une doctrine conforme à cette idée qu'il s'agit dans ce texte d'une exception aux règles de conflit de lois, basée sur la notion de l'ordre public.

Dans son arrêt du 21 mars 1905 le R. G. indique que, d'après son texte, la disposition de l'article 30, en tant qu'elle exige dans l'application de la loi étrangère, une contradiction au but d'une loi allemande est imprécise et équivoque. Car toute loi a un but, et au seul examen du texte, on pourrait arriver à ce résultat qu'en cas de conflit le droit étranger ne pourrait être appliqué d'une manière générale du moment que son application se trouverait en contradiction avec une loi allemande. Ce n'est point certainement ce qu'a voulu dire l'article 30. Il y aurait là, en effet, une violation telle du principe généralement admis en droit international privé, qu'il faudrait que le législateur eût eu une raison spéciale et qu'il eût en outre formellement exprimé sa volonté à ce sujet.

Pour qu'une disposition de la loi étrangère puisse être éliminée ainsi, il faut qu'elle soit en contradiction très accusée avec les conceptions morales ou les bases mêmes de l'ordre civil et public de la

public pour cet auteur, ou bien se confond avec les lois impératives, ou bien n'a pas de raison d'être. Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des I. P. R.* Munich, 1901, de même que H. Lewald, *Das deutsche I. P. R.* Leipzig, 1930, enseigne que l'ordre public est exclusivement défini par le juge, ce qui est une cause d'insécurité. *Id.* : Lewald, *op. cit.*, *Revue Darras*, 1928, p. 149.

nation au nom de laquelle le tribunal saisi du litige dit le droit.

Comme s'est exprimé le R. G., dans une série d'arrêts, pour que l'article 30 E. G. puisse être invoqué à l'encontre d'une disposition d'une loi étrangère, il faut « que la divergence entre les conceptions publiques, politiques et sociales sur lesquelles elle repose et celles du droit allemand qui est en conflit avec elle soit à tel point importante que de l'application du droit étranger puisse résulter directement une atteinte aux bases mêmes de la vie publique et économique allemande ».

La législation récente sur la réévaluation des créances a donné lieu, dans la jurisprudence allemande, à des revirements curieux sur le point de savoir quand le conflit entre les deux conceptions allemande et étrangère présente l'importance nécessaire pour donner lieu à la mise en mouvement de l'article 30.

Il est très intéressant, à cet égard, de constater qu'un même principe a successivement été opposé, comme allemand, à une disposition étrangère contraire, et comme étranger, à la législation allemande ayant consacré à son tour la disposition contraire. C'est là un cas d'actualité de l'ordre public. On y voit aussi comment une disposition législative parvient à être érigée au rang de celles dont la méconnaissance porterait atteinte aux bases mêmes de la vie publique et économique allemande.

Avant les lois de réévaluation, le principe placé à la base du système du cours forcé, le mark égale le

mark, était considéré par la jurisprudence comme étant d'un intérêt vital pour l'Allemagne et opposable au nom de l'ordre public aux dispositions législatives étrangères qui auraient admis qu'un paiement en monnaie dépréciée ne pouvait pas libérer le débiteur.

Vient la loi allemande de réévaluation. Certains tribunaux continuent à regarder la règle : le mark égale le mark, comme le principe fondamental. Pour eux, la réévaluation qui est le contraire de ce principe, n'est qu'une mesure de circonstance. Donc, ils persistent à admettre l'application des législations étrangères conformes au principe du « mark gleich mark » et refusent la réévaluation des hypothèques grévant des immeubles étrangers.

Le R. G. remet les choses au point. Pour lui, la réévaluation n'est pas autre chose que le retour au principe de l'article 242 B. G. B. ; la bonne foi est la règle souveraine des contrats. C'est la règle : le mark égale le mark, qui, avec la dévalorisation, est devenue une disposition exceptionnelle, une fiction anormale. Le véritable ordre public est concrétisé dans la loi de valorisation. On devra donc écarter la loi étrangère quand elle conduirait à refuser la valorisation (1).

Remarquons, d'ailleurs, que, quant à la valorisation, le rôle de l'ordre public a pu se trouver restreint par la manière dont on détermine la loi qui la régit. Certains auteurs soutiennent, en ce qui con-

1. Voir Clunet, 1930. *Bulletin de la jurisprudence allemande*, par Maximilien Philonenko.

cerne cette question, la compétence de la législation de l'Etat dans la monnaie duquel la dette est stipulée. Point n'est besoin d'invoquer l'article 30, quand les parties, ayant contracté à l'étranger, ont adopté le mark comme monnaie de paiement. En vertu de la règle de conflits de loi sus-énoncée, on appliquera la loi allemande (tribunal régional supérieur de Hambourg 3 I. R. t. 39, p. 294). Voilà un moyen de restreindre le domaine de l'ordre public.

Comme exemple des applications abusives auxquelles peut donner lieu la rédaction de l'article 30, citons une décision qui refuse de reconnaître une hypothèque maritime constituée en Russie, pour ce motif que les prescriptions du droit russe concernant la publicité des hypothèques maritimes ne sont pas équivalentes ou approximativement équivalentes aux prescriptions allemandes (R. G. 2 octobre 1912, R. G. 3, t. 80, p. 129).

Voici maintenant un exemple de l'incertitude inhérente à la mise en œuvre de la notion d'ordre public :

Deux décisions du tribunal régional supérieur de Munich (16 janvier 1906, Bay. 3, t. 2, p. 254) et du tribunal régional supérieur de Dresde (6 mai 1907, Sächs. Arch. t. 28, p. 534) concernent l'obligation alimentaire entre époux. Elles traitent de la question de savoir si la limitation apportée par le paragraphe 93 du Code civil autrichien à l'obligation alimentaire du mari à l'égard de la femme vivant séparée de lui est contraire à l'ordre public allemand. Le tribunal de Munich répond négativement, celui de Dresde, affirmativement.

CHAPITRE VI

La doctrine italienne

53. — « Pour exposer les principes suivis en Italie par la doctrine et la jurisprudence en matière de droit international privé, il est tout naturel de parler en premier lieu de P. S. Mancini, l'éminent juriste qui est généralement reconnu comme le chef de cette école qu'on appelle l'école italienne du droit international » (1).

Nous avons déjà donné un exposé sommaire de la conception de l'ordre public, chez Mancini, à propos des travaux de l'Institut de droit international. Nous savons, d'autre part, que dans l'école de la personnalité du droit qui se confond avec l'école italienne, en principe, la compétence appartient à la loi nationale des individus. A ce principe, il y a trois exceptions : l'ordre public est l'une d'elle. Pour Mancini, voici quel est le caractère des rapports d'ordre public. Tandis que le droit privé peut considérer l'homme comme un être doué de facultés individuelles et lié par des rapports juridiques indépen-

1. G. Diena, *La conception du droit international privé en Italie*, Cours de La Haye, 1927, II, p. 347.

dants du territoire qu'il habite, le droit public met l'individu en rapport avec ce groupe d'hommes qui, dans les limites d'un territoire déterminé, établit les conditions auxquelles tous doivent se soumettre à la souveraineté politique. Il y a là une espèce d'expropriation légitime que l'Etat fait d'une partie de la liberté personnelle des individus. C'est intentionnellement que Mancini emploie le mot expropriation, plutôt que celui de cession, pour ne pas tomber dans l'erreur reprochée à l'auteur du *Contrat social*, car, à la différence de Jean-Jacques Rousseau, il considère l'état social non pas comme volontaire et conventionnel, mais comme une nécessité pour l'homme.

Ce n'est pas seulement le droit public dans sa signification technique qui peut, dans le système de Mancini, mettre en échec sur le territoire de l'Etat le droit étranger ; c'est aussi l'ordre public tel qu'il a été constitué dans l'Etat lui-même par la volonté nationale.

Nous avons vu que cette idée se retrouve même dans la doctrine de Savigny, mais tandis que dans celle-ci elle est formulée d'une façon plutôt vague et incertaine, Mancini parvient à l'exposer avec une clarté et une précision qui — nous n'hésitons pas à l'affirmer — n'ont été surpassées par aucun des nombreux juristes qui se sont occupés de ce sujet « L'ordre public, dit Mancini (Clunet, *Journal de droit international*, 1874, p. 297), dans tous pays, comprend aussi dans la large acceptation du mot, le respect des principes supérieurs de la morale

humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine, ne pourraient apporter des dérogations valables et obligatoires pour ces Etats. Si les lois positives d'un Etat, un jugement étranger ou les actes et les contrats faits à l'étranger violaient ces principes ou ces droits, chaque souveraineté, loin d'accepter ces outrages à la nature et à la moralité humaine, pourrait à juste titre lui refuser tout effet et toute exécution sur son territoire. Il en est ainsi de l'esclavage, de la polygamie et d'autres institutions étrangères qu'en vain on essaierait de faire accepter et reconnaître dans d'autres pays. On peut rejeter non seulement les institutions incompatibles avec l'ordre moral, mais aussi celles qui sont incompatibles avec l'ordre économique établi dans une société, l'ordre économique étant compris dans la large acceptation de l'ordre public ». (Ici, à titre d'exemples d'institutions non reconnues dans certains pays, pour des raisons de ce genre, il cite les institutions féodales, la main-morte, les fideïcommis) (1).

Les articles 11 et 12 du titre préliminaire du Code civil italien de 1865 sont visiblement inspirés de la doctrine que Mancini avait commencé à enseigner dès 1843 (2).

1. Diena, *op. cit.*, p. 356.

2. Voir Diena, *op. cit.*, p. 350.

L'article 11 déclare que les lois pénales, les lois de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire du Royaume.

L'article 12, dont nous avons cité le texte dans notre première partie, chapitre 1^{er}, vise les lois prohibitives, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ainsi l'école italienne, au delà de la personnalité du droit, englobe dans l'exception à la loi nationale qui est constituée par l'ordre public non seulement l'ordre public à proprement parler, mais aussi le droit public, notamment.

La doctrine de Mancini, sur ce sujet, a reçu des développements ultérieurs, de la part des juristes appartenant à l'école italienne.

54. — Lomonaco a soutenu avec raison qu'en interprétant l'article 12 du titre préliminaire du Code civil italien, il ne faut pas trop étendre l'idée d'ordre public pour ne pas annuler les effets des règles de droit international privé adoptées par la législation italienne (1).

En interprétant la même disposition, Esperson a remarqué que dans celle-ci il est aussi question des dispositions prohibitives, lesquelles ne concernent pas toutes l'ordre public et les bonnes mœurs. Il estime donc que l'article 12 renferme deux règles, l'une de droit international privé, l'autre de droit civil, car cet article parle non seulement des lois, des actes et des jugements étrangers mais aussi des dis-

1. Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*. Naples, 1874, p. 58-61.

positions et conventions privées. Or c'est précisément une règle de droit civil qui a été consacrée aussi dans le droit romain, que celle d'après laquelle les citoyens, s'ils peuvent déroger aux lois concernant leurs intérêts privés, ne peuvent apporter aucune dérogation aux lois prohibitives et d'ordre public. Il s'ensuit qu'en faisant application de l'article 12, il faut distinguer ce qui est règle de droit civil de ce qui est règle de droit international privé ; autrement cette disposition au lieu de constituer un tempérament correctif de celles des articles précédents, les détruirait presque complètement (1).

Il résulte de là que la doctrine bien connue de Brocher, suivant laquelle il faut distinguer relativement à l'ordre public, l'ordre public international de l'ordre public interne (2) n'est qu'un développement ou plutôt une généralisation de celle adoptée par Esperson en interprétant la législation italienne. Il est notoire que, d'après la doctrine de Brocher, l'ordre public interne n'exerce son influence qu'à l'intérieur de la législation qui est applicable suivant les règles de droit international privé en vigueur dans le pays où siège le juge, et n'empêche pas celui-ci d'appliquer une loi étrangère. D'après la même doctrine, l'ordre public international empêche le juge d'appliquer n'importe quelle loi étrangère contraire à la loi du for, et produit par conséquent

1. Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*. Pavie, 1868, p. 55-57, note.

2. Brocher, *Cours de Droit international privé*, t. I. Paris, 1882, p. 106 et suiv.

les effets qui sont propres à l'ordre public tout court, suivant l'expression qui est la plus répandue.

Eh bien, la nécessité de distinguer entre deux sortes d'ordre public se trouve déjà dans les idées exposées par Esperson ; et là où celui-ci parle d'une règle de droit civil, par opposition à une règle de droit international privé, Brocher fait la distinction que nous venons de rappeler, en employant, certes, une autre terminologie, mais en se fondant sur la même idée juridique.

55. — On sait que l'opinion de Brocher a trouvé plusieurs adversaires. Parmi ceux-ci nous devons faire mention d'un juriste de l'école italienne, Fiore, qui a soutenu que la distinction ci-dessus rappelée serait la cause de complications inutiles, vu que les lois d'ordre public doivent avoir une autorité absolue sur le territoire de l'Etat (1). Malgré cela, Fiore sent à son tour la nécessité de distinguer les lois d'ordre public en deux catégories et il range dans la première les lois qui, pour bien régler certaines institutions juridiques, font défense d'acquérir ou d'exercer d'une certaine façon un droit, dans la seconde les lois abolissant certaines institutions ; et il conclut que les lois de la première catégorie exercent leur souveraineté absolue seulement à l'égard de ceux qui doivent rester soumis à leur empire, tandis que les lois de la seconde catégorie

1. Fiore, *Diritto internazionale privato*, 3^e édit., t. I. Turin, 1888, n^o 256.

exercent une autorité tout à fait absolue sur le territoire de l'Etat (1).

D'ailleurs tous les auteurs ci dessus cités, y compris Fiore, se rattachent étroitement à la doctrine de Mancini, parce qu'ils rangent dans la même catégorie les lois de droit public et celles d'ordre public, comme formant une exception commune et de même nature à la compétence de la loi nationale. Ainsi Fiore (2) déclare que la loi étrangère ne peut avoir de l'autorité sur le territoire d'un Etat qu'à la condition de ne pas offenser les lois de droit public, ou d'ordre public de cet Etat.

Le droit public, dit-il, concerne l'organisation politique de l'Etat, la division et la distinction des pouvoirs publics nécessaires pour sa vie et son développement (constitution, administration, droit pénal, juridiction).

Quant à l'ordre public, on ne peut pas y faire rentrer toutes les lois d'organisation sociale, car, alors, toutes les lois seraient d'ordre public. Ici, Fiore, introduit la distinction dont nous venons de parler.

F. Laghi (3) adopte les mêmes solutions. Il part de cette idée que le problème fondamental du droit international privé consiste à coordonner et à harmoniser les diverses législations étatiques de façon à ce que chaque rapport juridique soit régi partout par la loi à laquelle il appartient naturellement ; il

1. Fiore, *op. cit.*, t. I, n° 258.

2. *Op. cit.*, p. 244.

3. *Il Diritto internazionale privato*, Bologne, 1888.

faut tracer la démarcation entre les lois personnelles et extra-territoriales. Les premières sont d'ordre privé, les secondes sont d'ordre public.

Quelles sont les lois territoriales ? En dehors du droit national, qui peut envisager les citoyens et les étrangers à la fois, il y a un droit général impersonnel, qui exclut l'application de la loi étrangère, quand elle est contraire au développement de l'Etat. Les limites de ce droit sont tracées par l'ordre public interne et par l'ordre public international qui dérive du premier. L'ordre public interne accompagne les nationaux à l'étranger, l'ordre public international est territorial, mais il est plus fort. Il comprend :

- Les lois de droit public, au sens technique ;
- Les lois pénales et de procédure pénale ;
- Les lois de droit privé touchant à l'intérêt général ;
- Les lois protectrices des intérêts des tiers ;
- Les bonnes mœurs ;
- Les lois prohibitives.

Ce qu'il y a d'intéressant chez Laghi et parce qu'il semble s'écarter de Mancini, c'est que pour lui la loi territoriale n'est pas une exception, mais constitue un ordre parallèle à la loi personnelle. C'est d'ailleurs la délimitation entre ces deux ordres de loi qui constitue le problème capital de notre science.

Il critique d'ailleurs le texte de l'article 12 qui

« pris à la lettre, détruit, dit-il, tout ce qu'il y a de noble dans le Code civil italien » (1).

56. — Diena (2) observe que dans l'article 12 du Code civil italien il n'est pas question des lois de droit public.

S'agit-il d'une lacune, dit-il, nous ne le pensons pas. Même en faisant abstraction de la manière très large dont est rédigé l'article 12, il y avait deux raisons pour ne pas parler dans cette disposition de lois de droit public. Des lois de cette espèce, en effet, s'occupe l'article 11 malgré qu'il ne fasse mention que des lois pénales et des lois de police et de sûreté; mais il s'agit certainement d'une énumération simplement indicative, qui ne s'oppose nullement à ce que cette même règle, adoptée à l'article 11, soit étendue à d'autres lois de droit public.

D'autre part, l'article 12 est susceptible de porter une dérogation aux règles de droit international privé que renferment les articles précédents, 6 à 10. Mais lorsqu'il s'agit de lois de droit public, aucune dérogation n'est admissible ni possible, et à leur égard la loi territoriale doit prévaloir non pas à titre exceptionnel, mais normalement en vertu de la nature même des rapports qu'elles régissent.

Signalons à cette occasion, que Diena est un partisan de la distinction de Brocher : « la distinction de Brocher ne mérite pas les critiques qu'on lui a adressées. On pourra peut-être préférer une autre termi-

1. *Op. cit.*, p. 283.

2. *Op. cit.*, p. 387.

nologie, par exemple celle d'ordre public absolu, pour indiquer l'ordre public international, et celle d'ordre public relatif pour indiquer l'ordre public interne. Mais nous croyons avec Esperson et Fiore qu'il faut distinguer deux sortes d'ordre public, car autrement, si l'on considérait toujours l'ordre public comme absolu, il arriverait trop souvent que les règles de droit international privé adoptées ne pourraient produire aucun effet. Au surplus, en faisant abstraction d'une telle distinction, on ne pourrait pas juridiquement expliquer pourquoi le juge devrait reconnaître l'efficacité d'une loi étrangère compétente pour régir certains rapports, laquelle apporte des limitations à l'autonomie des parties, même lorsque celles-ci ont accompli un acte qui, tout en étant défendu par la loi étrangère compétente, n'est pas contraire à l'ordre public de la loi du for. »

57. — Voici maintenant un auteur qui répudie l'assimilation des lois de droit public aux lois d'ordre public :

Cavaglieri (1) : les Etats fixent dans la sphère de leur droit interne la délimitation de leur propre législation (caractère national des règles de solution des conflits de lois) (2). Là où la loi étrangère est admise, elle reçoit une exterritorialité que l'Etat dont elle est originaire ne pourrait lui donner. Mais elle rencontre une limite insurmontable, actuelle-

1. *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1929

2. *Op. cit.*, p. 52.

ment voulue par tous les Etats, laquelle est constituée par les lois locales de droit public et par les lois d'ordre public dont la dite loi étrangère ne doit pas atteindre les principes (1).

Le droit public comprend les lois administratives, pénales et de procédure. On ne peut pas se soustraire aux lois d'organisation fondamentale de l'Etat, à l'exercice concret de sa souveraineté, et à l'accomplissement de ses fonctions essentielles.

Pour ce qui est de l'ordre public, le problème est plus complexe.

Il s'agit de dispositions de droit privé qui visent des buts généraux dans l'Etat.

L'ordre public est l'huile sociale qui protège les intérêts collectifs. Il sert plutôt à défendre, tandis que le droit public est plus positif.

L'ordre public défend ce que la règle d'application commande ; il est l'épée de Damoclès suspendue sur chaque renvoi à la loi étrangère, quelque fondé qu'il soit.

Quant au critère de l'ordre public, voilà la difficulté. Les lois d'ordre public varient dans le temps et dans l'espace, sauf pour quelques principes qui sont comme le patrimoine commun de la civilisation (esclavage, polygamie)... L'ordre public est la boussole qui détermine les orientations différentes de culture dans un pays vis-à-vis du reste du monde.

Tous les efforts qui ont été faits par la doctrine pour vaincre cet élément perturbateur de tout sys-

tème de droit international privé ont été vains.

Les dispositions visant l'ordre public ne sont que des « mandats en blanc » que le législateur remet au juge pour être remplis dans chaque espèce. Mais le juge doit tenir compte de cette considération essentielle, savoir que la loi étrangère est la règle, l'ordre public l'exception, et que le but unique à atteindre est de limiter l'application de la loi étrangère en vue de sauvegarder l'observation des principes posés par l'Etat.

58. — Les auteurs italiens citent une décision qui a consacré dans la jurisprudence italienne, la distinction prônée par Brocher.

C'est un arrêt de la Cour de Cassation de Florence, en date du 5 décembre 1895 (1), concernant une espèce très intéressante. Voici les faits de la cause : En 1852 sur le territoire de l'Autriche, par-devant notaire, avait été conclu un contrat de mariage entre un sujet autrichien, le sieur Lanza, sa fille et le fiancé de celle-ci, par lequel le père constituait à la fiancée une dot composée de certains biens immeubles et meubles, tandis que la fille renonçait à toute succession paternelle. En 1892, le sieur Lanza cessa de vivre, ayant son domicile à Trévis (ville italienne), mais ayant gardé sa nationalité d'origine, en laissant des biens situés en Italie ; il avait testé en 1890 olographiquement en faveur de sa seconde femme et d'un enfant mâle.

1. *Annali della giurisprudenza italiana*, 1895, I, p. 575 et suiv.

La validité du pacte de renonciation à une succession future était admise par la législation autrichienne, tandis que l'article 954 du Code civil italien dispose que : « On ne peut, même dans le contrat de mariage, renoncer à la succession d'une personne vivante, ni aliéner les droits éventuels qu'on pourrait avoir dans une telle succession (1).

C'est principalement sur cette dernière disposition que se fonda la fille, ayant renoncé à la succession paternelle, pour soutenir devant l'autorité judiciaire italienne la nullité de son acte de renonciation, et pour demander d'exercer des droits d'héritière légitime.

La Cour d'appel de Venise, contrairement à ce qu'avait décidé le Tribunal de Trévise, la débouta de sa demande et la Cour de Cassation de Florence rejeta un pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Venise.

Les considérants de l'arrêt de la Cour Suprême de Florence se ramènent aux suivants : Pour déterminer quand, en vertu de l'article 12, il faut déroger aux dispositions précédentes du titre préliminaire du Code civil italien, on doit distinguer entre les lois qui ont directement pour but de régler les rapports et les intérêts privés, et les lois qui visent à régir directement l'ordre politique, économique et moral de l'Etat. Les lois de la première catégorie possèdent une autorité souveraine seulement sur les personnes et les familles qui leur sont soumises,

1. Voir aussi l'article 1118 du même Code.

tandis que les lois de la seconde catégorie ont autorité à l'encontre de tout le monde, car elles forment une condition essentielle pour l'existence de l'Etat vis-à-vis des autres Etats. Il n'y a donc pas d'atteinte à l'ordre public et à la moralité si on reconnaît l'efficacité d'un acte juridique accompli à l'étranger concernant l'état personnel, la capacité, le droit des obligations en matière de rapports privés, conformément à la loi compétente à le régir. Par conséquent la Cour reconnut la validité de l'acte de renonciation à la succession future du sieur Lanza, accompli conformément à la loi autrichienne, loi nationale des parties.

On voit bien quelle est la différence entre cette conception et celle, française, de Pillet et Niboyet : pour ces derniers, les lois, dites d'ordre public, qui ne s'appliquent que dans les rapports internes, sont en réalité des lois *impératives*. Si elles étaient vraiment des lois d'ordre public, elles s'appliqueraient aussi bien à l'étranger qu'au national.

Le nouveau projet du Code civil italien a été récemment étudié par M. Niboyet (1).

L'article 16 contient la disposition fondamentale relative à l'ordre public. Cet article est rédigé bien mieux que le texte correspondant de 1865. En effet l'ordre public doit être distingué des lois impératives ou prohibitives (2). Mais pourquoi ajouter à

1. Niboyet J. P., *Osservazioni sugli articoli 6-20 del titolo preliminare del progetto di codice civile italiano*. Trad. par Prof. Antonino Curri. Roma, 1932.

2. Rép. Droit international, t. X. V. le mot « ordre public », n. 15.

l'ordre public les bonnes mœurs ? En vérité, on ne peut pas citer un seul cas dans lequel les bonnes mœurs soient en cause sans que l'ordre public soit intéressé à son tour, étant donné que la notion de l'ordre public est d'une compréhension plus ample et englobe les lois relatives aux bonnes mœurs. C'est pourquoi, le projet aurait dû se borner à mentionner seulement l'ordre public et aurait dû supprimer la notion de bonnes mœurs.

CHAPITRE VII

La doctrine hispano-sud-américaine.

59. — « Les législations hispano-américaines ont une origine commune; c'est partout la même trame espagnole qui se retrouve aussi dans le Droit (1). »

Voici d'abord la doctrine espagnole :

Torres C. (2) écrit : « La communauté juridique est un fait à l'égard duquel la souveraineté territoriale prévaut le cas échéant. »

« Les lois personnelles, comme les lois territoriales posent des limites à l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci est incompatible avec leurs principes fondamentaux. »

L'ordre public est une notion contingente, dans le temps et dans l'espace. On peut distinguer :

L'ordre public interne qui protège les intérêts des individus en tant que nationaux;

L'ordre public international qui protège les intérêts de l'Etat.

1. Pradier-Fodéré, *Le Congrès de droit international sud américain et les traités de Montévidéo. Revue de droit international*. Bruxelles, 1889, p. 230.

2. *Elementos de Derecho internacional privato*. Madrid, 1893, Lecciones 9.

Torres est assez peu précis.

Le Code civil espagnol nous donne une indication plus nette sur les caractères de la doctrine adoptée dans la péninsule ibérique : il reproduit en effet presque littéralement la formule de l'article 12 du Code civil italien, ainsi que nous l'avons vu *supra*. Par conséquent, il y a ici la même conception qu'en Italie, et suivant laquelle il y a un ordre public national et un ordre public international.

Mais Trias de Bes (1) répudie cette conception et dit que l'on doit interpréter ce texte en décidant (suivant la doctrine de Pillet et Niboyet) que les « lois prohibitives ne s'appliqueront aux étrangers que si elles intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Cet auteur affirme d'ailleurs que c'est là l'interprétation adoptée par la jurisprudence.

60. — La doctrine sud-américaine est d'une remarquable richesse sur la théorie de l'ordre public. Elle a utilisé non seulement le courant italien, qui lui est arrivé à travers l'Espagne, mais aussi tous les courants européens et notamment Savigny. Elle a enfin ses conceptions propres.

Citons d'abord un positiviste : J. de Roa (2). Il décrit l'ordre public tel qu'il peut être constaté dans le droit positif : c'est une erreur, note-t-il, d'abord de maintenir rigoureusement la division entre le droit public et le droit privé. Dans la réalité, il y a un droit unique, dans les différentes branches

1. *Répertoire de droit international*, t. 6, p. 240, n° 45.

2. *Del orden publico en el Derecho positivo*. Buenos-Aires, 1926.

duquel les intérêts sociaux et les intérêts individuels ne sont pas nettement séparés. Les nécessités économiques, politiques, financières exercent leur action indépendamment de la volonté du législateur et l'ordre public est plutôt une résultante de ces nécessités qu'une règle édictée à l'avance.

On ne peut donc pas définir l'ordre public d'après le caractère spécifique des dispositions légales qu'il renferme. Il y a des lois qui s'imposent, d'autres qui s'adaptent aux exigences sociales nouvelles, d'autres qui mitigent les intérêts privés, suivant les nécessités qui se présentent devant la jurisprudence.

Il faut donc éliminer les théories puisées dans le Droit romain ou dans l'idéologie du *Contrat social*.

Il faut au contraire regarder la réalité.

L'ordre public est l'harmonie juridique utile pour la réalisation efficace du droit ; il naît avec le droit ; il est conservé par le juge. Il maintient en équilibre les institutions et les volontés particulières. Il contrôle les actes individuels au nom de cette harmonie ; c'est ainsi un régulateur de l'évolution juridique et sociale.

Il ressort du fond des dispositions législatives et est indépendant de la forme, car la mesure impérative cesse de l'être quand la raison positive de son *imperium* disparaît, bien qu'elle garde sa forme.

J. de Roa arrive à cette conclusion que l'ordre public ne va pas à l'encontre de la liberté des particuliers. Il poursuit, dans l'Etat, le développement des intérêts publics et privés, d'une façon harmonieuse, conformément aux exigences de la vie

réelle. Il n'appartient pas à une catégorie du droit, mais à toutes les disciplines juridiques ; il est comme l'atmosphère qui flotte sur toute la surface du globe et se combine avec tous les corps.

61. — Zeballos (1) est au contraire un théoricien. C'est lui qui semble avoir opéré, dans la doctrine Hispano-Américaine, la conjugaison entre l'école italienne et la doctrine de Savigny ; il conçoit en effet l'ordre public comme *une limite*, opposée à la loi étrangère, pour la défense de la souveraineté de l'Etat (Ecole italienne), mais il a aussi une vision de la communauté juridique, quand il voit que l'ordre public consiste dans la solution d'un conflit entre les lois internes et les lois étrangères, par l'application des premières, *parce qu'elles sont plus favorables*.

62. — Matos (2) est un partisan de la communauté juridique de Savigny.

Le concept de la communauté juridique, dit-il, nous donne la vraie sphère d'action du principe de la souveraineté, dont la portée équivoque a nuit pendant longtemps au développement du droit international privé. Cette communauté se perfectionne du fait de l'interdépendance des peuples toujours croissante, qui rapproche et mêle les cultures distinctes.

1. *Manual de derecho internacional privado*, par A. Weiss, traduit et annoté par E. Zeballos, t. I, Paris, 1911.

2. *Curso derecho internacional privado*. Guatemala, 1922.

L'ordre public qui a pour fonction de protéger l'Etat au point de vue politique, économique ou moral, se réduira progressivement, grâce au progrès de la communauté juridique.

Nous n'avons pas encore parlé de Calvo, parce que c'est lui qui apporte la forme d'une doctrine proprement sud-américaine, dont l'épanouissement se réalise dans Bustamante.

63. — Pour Calvo (1) il y a une communauté de droit entre les Etats indépendants, qui tend à régler d'une manière uniforme le conflit des différents droits positifs. Voilà l'idée du Code de droit international privé dont Bustamante fera une réalité.

64. — De Bustamante, nous avons déjà longuement parlé dans notre chapitre consacré aux textes, lorsque nous avons cité le Code qu'il a fait adopter par les Etats sud-américains.

1. *Dictionnaire de droit international public et privé*. Paris, 1885, 2 volumes.

CHAPITRE VIII

La doctrine anglo-nord-américaine

65. — C'est aux Etats-Unis que la doctrine anglo-saxonne du droit international privé s'est d'abord développée. L'Angleterre qui est d'ordinaire la source originelle des conceptions juridiques, pour les pays anglo-saxons, est au contraire ici, plutôt une élève de la République issue de ses anciennes colonies d'Amérique.

Cela n'a rien d'étonnant, car les problèmes de conflit des lois ont pris aux Etats-Unis une importance extrême depuis l'origine même de cette nation, du fait que la forme du gouvernement est fédérale et que les Etats particuliers ont gardé leur souveraineté en matière de droit privé.

Mais aux Etats-Unis, comme en Angleterre, il n'y a pas une autre doctrine que celle qui est formulée par la Jurisprudence. Le juge est pour ainsi dire un doctrinaire.

66. — Le véritable fondateur de la doctrine anglo-américaine de droit international privé est le juge à la Cour suprême, Joseph Story. Sa méthode a consisté dans l'exposé d'une série de principes

ayant pris leur origine dans la solution d'une multitude de problèmes, qui ont été soulevés au cours du fonctionnement de la justice, mais il n'a pas élaboré un système complet et logique, symétrique et harmonieux dans toutes ses parties.

La doctrine la plus importante à laquelle Story a donné une forte expression, est celle de la courtoisie ou « Comity ». Il l'a empruntée aux Hollandais.

Il conçoit cette notion de la manière que voici : c'est un axiome incontestable que les lois d'aucun Etat souverain n'ont d'effet *ex proprio vigore* en dehors des limites de cet Etat. Si un Etat vient donc à reconnaître la loi étrangère à l'intérieur même de son territoire, cela ne peut être que parce qu'il est de son intérêt d'agir ainsi, de façon à ce que l'autre Etat lui en fasse autant à l'occasion.

De là découle directement la conception que se fait Story de l'ordre public. Comme, lorsqu'un Etat cède de ses droits devant ceux d'une autre nation, ce ne peut être que par intérêt, on ne peut lui demander de sacrifier cet intérêt pour appliquer une théorie qui, d'un point de vue moral ou pratique, serait incompatible avec sa propre sécurité, son bonheur ou sa conception de la justice et du devoir. Story donne des exemples de lois susceptibles d'exister chez quelques « nations païennes » n'ayant pas adopté le christianisme ; on croyait couramment à l'immoralisme des nations non chrétiennes il y a un siècle, avant que les principes si hautement moraux des philosophies et religions d'Extrême-Orient fussent aussi bien connus et respectés

qu'aujourd'hui. Il continue : « Dans ces cas, comme dans beaucoup d'autres qu'on peut facilement imaginer sans extravagance, il serait très difficile de dire que d'autres nations sont obligées d'appliquer des lois, des institutions ou des coutumes de cette nation, qui sont contraires à la conception de la justice ou de l'ordre public qui est la leur ». Story ensuite développe la théorie de l'ordre public, la considérant comme une doctrine de légitime défense, parce que reconnaître des lois étrangères susceptibles de porter préjudice aux droits d'une nation ou à ceux de ses ressortissants, tendrait à détruire la souveraineté et l'égalité avec des auteurs de toute nation appelée à reconnaître ces droits et à les appliquer ; ou à l'obliger d'abandonner ses propres intérêts et son devoir envers ses propres ressortissants, en faveur d'étrangers qui ne se soucient ni des uns ni des autres. Toutefois remarquons que ce principe est exprimé en termes très généraux. C'est un principe qui tend à restreindre l'application de la théorie de la courtoisie ; et comme la théorie de la courtoisie, il ne nous donne aucune ligne de conduite certaine, parce qu'il ne fournit aucun critérium précis de ce qui est conforme à l'ordre public et de ce qui ne l'est pas. S'il y a, dans un Etat donné, une législation déclarant certaines opérations illégales et nulles en quelque cas que ce soit, le problème est facile à résoudre. Mais le législateur ne fait cela que rarement, particulièrement dans un pays composé de 48 Etats dont le pouvoir législatif d'après la Constitution

Fédérale ne dépasse pas leurs propres frontières. Il est en tout cas certain que l'appréciation de ce qui est l'ordre public ne peut pas être laissée à la discrétion du juge. Il devient donc nécessaire de procéder à une classification des cas, selon leur espèce.

Il y a ainsi trois séries de cas :

1) Les cas où l'application de la loi étrangère porterait atteinte à la morale de toute société civilisée.

2) Les cas où la loi étrangère contrevient à une règle bien établie et essentiellement de l'ordre public local.

3) Cas où, soit l'application, soit la mise en vigueur de la loi étrangère aboutiraient à causer un dommage ou à commettre une injustice envers l'Etat ou ses ressortissants.

Après Story, la doctrine de la courtoisie a progressivement perdu son caractère un peu excessif.

Story ne s'était pas rendu compte que l'Etat n'abandonne, même volontairement, aucune de ses prérogatives en appliquant la loi étrangère, là où il convient de le faire, parce que le système des lois locales implique aussi l'application de la loi étrangère dans une affaire régie par celle-ci. Si la courtoisie et non les exigences de la justice étaient à la base de l'application de la loi, l'incertitude serait la règle. D'éminents écrivains américains, en particulier Wharton, comprirent cet état de choses, et remarquèrent que, quand une loi étrangère régit une affaire particulière, la règle en vertu de laquelle

elle est applicable devient une partie de la « common law » et les parties peuvent de plein droit demander son application.

En somme la doctrine de la courtoisie revient à proclamer cette vérité admise aussi sur le continent et qui est le caractère national des règles de conflit de loi. Le juge ne doit, en cette matière, s'inspirer que du droit local, que des règles de conflit de loi édictées par la législature ou la jurisprudence ; ces règles ont été inspirées par des considérations de justice et d'opportunité comme toutes les autres règles du droit local.

67. — Telle est la doctrine enseignée par Ernest G. Lorenzin (*Répertoire* Lapradelle et Niboyet, t. 6, V^o Etats-Unis, n^o 29, p. 282).

En outre Healy (1) restreint encore la doctrine de la courtoisie au moyen de la théorie des droits acquis : A peu près toutes les règles concernant le choix de la loi, qui sont adoptées par les différents pays civilisés sont des applications du principe suivant lequel les droits dûment acquis aux termes de la loi d'un pays sont reconnus dans tous les autres pays.

Ces atténuations apportées à la doctrine de la courtoisie n'ont pas eu pour effet d'apporter beaucoup de précision à la notion de l'ordre public, aux Etats-Unis.

Healy déclare : « On peut dire sans exagération

1. *Recueil des Cours de La Haye*, 1925, tome 2.

qu'il y a autant d'opinions que d'auteurs qui ont traité ce sujet ».

« Il ne sera jamais possible, observe-t-il, de faire de l'ordre public une chose fixe et définie. » Il reconnaît que la conception que les tribunaux américains s'en font est plus politique que juridique. Son sentiment profond, c'est que les Européens ont tenté d'aller trop loin pour définir ce qui dans l'ordre des choses ne peut être ni défini, ni fixé. Dans la pratique, les différents systèmes aboutissent aux mêmes solutions.

De toutes façons, étant donné les principes fondamentaux qui sont à la base de l'ordre public, il est difficile d'admettre qu'il puisse y avoir plus d'une sorte d'ordre public.

D'ailleurs, bien que l'ordre public constitue une doctrine absolument essentielle pour tous les pays et pour toujours, son caractère indéfini et arbitraire peut conduire à des abus et cette notion peut arriver à détruire tout le droit international privé. Au sein de la Fédération américaine, la Cour Suprême constitue un organisme de contrôle extrêmement utile. Il n'y a rien de tel entre les Etats Européens. Il n'y a qu'un moyen d'améliorer la situation actuelle, c'est de conclure des traités sur des textes précis.

68. — En Angleterre, les jurisconsultes modernes sont, comme il est naturel, étant donné les traditions de leur droit, profondément nationalistes. Ils reconnaissent tous que l'application d'une loi étran-

gère n'est pas une question discrétionnaire et qu'elle n'est pas seulement l'expression de la courtoisie du souverain de Grande-Bretagne à l'égard des autres nations. D'après Dicey (1) la nécessité d'appliquer dans certains cas des lois étrangères résulte de l'impossibilité où l'on se trouverait autrement de trancher certaines catégories d'affaires sans injustice grave envers les parties, que celles-ci soient anglaises ou étrangères. Toutefois, le droit international privé appliqué par les juges anglais est un droit international privé anglais et fait partie intégrante du droit anglais. La science juridique anglaise ne reconnaît aucun droit international privé supra-national.

Nous retrouvons ici la même conception de la « Comity » qu'aux Etats-Unis.

En outre, en Angleterre, d'après Dicey (2) tout droit acquis conformément à la loi d'un pays civilisé est reconnu et d'une manière générale, est sanctionné par les tribunaux anglais.

La jurisprudence et la doctrine anglaise ne connaissent pas l'expression « ordre public », mais il va de soi que l'idée qu'elle représente ne leur est pas étrangère.

La conception anglaise de l'ordre public est moins formelle et plus souple que sur le continent : cette notion constitue une exception aux règles de conflit ; quand cette notion doit être employée, le juge anglais recourt à des formules comme : public

1. *The Conflict of Law*, p. 10 et suiv.

2. 4^e édit., p. 139.

policy, public order, immorality, against God's law. Le juge doit considérer, non la loi étrangère en elle-même, mais ceux de ses effets qui doivent être réalisés. C'est ce que l'on appelle la théorie des résultats effectifs (1).

Dicey examine le problème de l'ordre public plus spécialement à propos des contrats. Il prétend qu'un contrat n'est pas valable si ses clauses ou son exécution se heurtent, soit à un intérêt public anglais ou à the policy of English law, soit même aux règles normales approuvées par des lois anglaises.

L'ordre public, selon Dicey, est difficile à préciser. Il varie d'époque à époque.

Westlake (2) parle de l'ordre public à propos de la capacité (3), du mariage (4) et des contrats (5).

A propos du mariage, il dit : « on a vainement tenté de définir les limites de cette restriction sans jamais arriver à l'éclaircir, si ce n'est en disant qu'elle existe au nom d'un ordre intérieur strict et qu'il appartient à la loi de chaque pays, par l'organe du législateur ou des juges, de déterminer quelles règles d'ordre intérieur sont assez strictes pour exiger qu'on y fasse appel. »

Il dit, à propos des contrats, que lorsqu'un contrat est contraire à ce qui est tenu, en Grande-Bre-

1. Vali, *Die Vorbehalts clausel in der englischen Eherechts prechung*. Z. I. R., p. 141-167, 1930-1931.

2. *Traité de droit international privé* traduit par P. Goulé. Paris, 1914.

3. *Op. cit.*, p. 67.

4. *Op. cit.*, p. 68.

5. *Op. cit.*, p. 363.

tagne, pour des intérêts publics ou moraux essentiels, l'exécution n'en saurait être poursuivie dans ce pays (1).

1. Voir A. Bagge, *Contrat de vente, conflit de lois*. Recueil de Cours de La Haye, 1928, 5, p. 129 et suiv.

CHAPITRE IX

Autres pays d'Europe.

§ 1. — Belgique.

69. — Laurent a procédé à une analyse puissante du système qui donne le plus grand rôle à la personnalité du droit et qui est le système du Code civil belge (Code Napoléon). Sa doctrine s'apparente fortement à celle de Mancini, qu'elle avait d'ailleurs précédée, aux dires de Pradier-Fodéré (1). Cette analyse l'amène d'ailleurs à mettre en doute le système en question et à lui substituer des conceptions plus approfondies.

Le problème du droit international privé étant de rechercher les limites qu'il convient de tracer entre les domaines respectifs de la loi territoriale et de la loi personnelle, il faut, sous peine de nier le droit international privé, poser le principe de la personnalité des lois. Ce sera le besoin de conservation et le développement de la société qui limitera la loi étrangère. Le critérium, c'est le droit public, en principe. Les lois dites personnelles sont celles de

1. *Traité de droit international public européen et américain*, t. III, n. 1625. Paris, 1877.

droit privé. Mais il n'y a pas en réalité des lois qui, étant de droit public, seraient une exception à la personnalité. On se trouve en présence de lois appartenant à deux ordres différents ; il y a des lois qui tiennent à l'ordre social, celles-ci dominent la volonté des parties intéressées ; ce qui est défendu aux nationaux l'est plus encore aux étrangers.

Les peuples doivent d'abord respecter mutuellement les lois sur la nationalité, lesquelles touchent essentiellement à l'existence et à la conservation des sociétés. Ces lois sont donc des lois réelles et de souveraineté, comme diraient d'Argentré et Foelix. Pour le reste, il faut considérer si un intérêt social est en cause.

Cependant, dans l'état actuel des relations internationales, il est impossible de déterminer :

- 1^o La nature réelle ou non d'un rapport qui exige l'application du droit social.
- 2^o L'intérêt privé appelant l'application de la loi nationale.

Et les particularités existant entre les peuples n'empêchent point qu'il y ait entre ceux-ci un lien commun, une société où règne le droit.

Il n'y a pas, observe Laurent, de différence de nature entre les lois qui régissent les immeubles et celles qui règlent l'état des personnes. Si l'on applique la loi nationale en matière d'état, rien ne s'oppose à ce que l'on fasse de même en ce qui concerne les biens, sans que pour cela la souveraineté territoriale soit lésée. Il n'y a pas de conflit entre la

loi territoriale et la loi personnelle. Il y a des lois d'une nature diverse, les unes d'ordre social, les autres d'ordre privé. C'est le juge qui décide.

Ces idées lancées par Laurent ont fécondé la doctrine belge qui, actuellement, discute la théorie de la personnalité et lui refuse la valeur d'un principe général.

70. — Le Professeur Poulet (1) affirme que la loi applicable doit garder un caractère territorial ou personnel, avoir tel ou tel rayonnement international, selon la nécessité d'assurer l'efficacité de ses dispositions. C'est l'intérêt réciproque des citoyens et des Etats qui doit dicter aux législateurs et aux juges les solutions pratiques à adopter pour régler les diverses difficultés qui se présentent ; en un mot, il n'y a pas de principe général à formuler ; personnel ou territorial, le seul critérium théorique qui soit suffisant est le but général social de la loi à apprécier par le juge.

Dans la communauté juridique des Nations, il est de l'intérêt de tous les justiciables que les diverses lois en conflit conservent leur maximum d'autorité ; il n'en sera ainsi que si, dans chaque cas particulier, l'on donne la prédominance juridique à la règle formulée par l'Etat « le plus intéressé » à ce que le but social soit atteint. La protection de l'individu contre sa propre faiblesse et la protection sociale contre les excès de l'action individuelle seront des éléments envisagés pour la recherche de ce but social général.

1. *Manuel de droit international privé*. Louvain, 1928.

C'est lui qui indiquera, selon les cas, si la loi doit revêtir une portée territoriale ou extra-territoriale.

Le principe général formulé qui semble le mieux se justifier en théorie (Poulet, *Manuel*, n° 249) présente le seul inconvénient de laisser « au juge », lorsque la loi ne fixe pas de solution précise, le soin d'apprécier lui même le but social général, aux lieu et place du législateur ; devant la complexité d'application du principe rationnel prémentionné, le magistrat verra la solution entière du problème laissée à son appréciation, dans chacune des hypothèses qui lui sera soumise. Ainsi, avant de s'en prendre à l'ancienne base territoriale ou personnelle, suivant les cas, l'interprète de la loi devra commencer par formuler une « appréciation raisonnée » sur la valeur respective des lois en présence, selon le but social général : source d'erreurs et variabilité des décisions dans les solutions à formuler.

M. Poulet définit l'ordre public international belge : certains principes de droit, consacrés ou non par un texte formel de loi, qui, en Belgique, font obstacle à l'application de la loi étrangère normalement compétente pour régir un rapport juridique mêlé d'éléments étrangers.

§ 2. — Suisse.

71. — Il y a, en Suisse, deux courants à distinguer : cette division est la conséquence de la très forte influence exercée par le célèbre Brocher. On trouve donc, d'une part, les tendances découlant

de cet auteur, et celles qui semblent échapper à l'emprise de sa doctrine. Nous examinerons d'abord ces dernières, représentées surtout par Meili.

Meili (1) enseigne qu'il faut se garder, en matière d'ordre public international, de se baser sur les dispositions qui sont exclusivement d'ordre interne. Un Etat ne doit pas reconnaître des relations juridiques qui sont condamnées par d'autres Etats, en vertu de leur droit territorial.

Donc, on doit rechercher si un rapport juridique n'est pas en contradiction avec le droit international, les bonnes mœurs ou le commerce juridique mondial.

Brocher (2) considère que l'ordre public domine les règles du droit international privé de la base jusqu'au sommet. Il a un double aspect, soit pour consacrer, soit pour limiter les règles de conflit de lois.

Il expose ainsi qu'il suit, sa célèbre distinction :

Dans l'article 3, alinéa 1 du Code civil, le législateur a voulu dire qu'il y a des lois dont l'observation s'impose d'une manière absolue aux étrangers comme aux nationaux, l'expression : « les lois de sûreté » semble dépasser manifestement les limites du droit pénal ; il faut y comprendre tout ce qui intéresse le bon ordre et la sécurité sur le territoire. Il n'y a rien de limitatif dans ce texte ;

1. *Das international civil und Handelsrecht*, Zurich, 1902, p. 194-195.

2. *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le Code civil français*. Paris, 1882.

on peut en conséquence y apporter les extensions qui seraient justifiées par les principes ou la nature des choses. Ces lois *absolues* s'imposent à tous et s'opposent par cela même à ce qu'une disposition étrangère vienne faire obstacle à leur pleine observation.

La place occupée dans l'économie du Code par le texte qui nous occupe prouve qu'il s'y agit d'ordre public international, lequel est indifférent à la liberté des particuliers, contrairement à l'ordre public.

Les deux ordres publics visés par l'article 6 ont les mêmes éléments à la base : développement et sécurité de l'Etat, principes supérieurs de sociabilité, règles impératives de morale et religion.

Leurs effets, vis-à-vis de l'extérieur, sont analogues : rigueurs exceptionnelles dans l'application de certains principes.

Mais l'ordre public « interne » qui est exprimé dans l'article 6 se réfère aux rapports existant entre la souveraineté et l'individu.

L'ordre public international de l'article 3, alinéa 1, qui englobe aussi la nature des choses, suppose un rapport entre deux souverainetés.

Chaque législation considérée en elle-même, dans ses rapports internes, impose des limites à la volonté individuelle.

Elle renferme un certain nombre de dispositions qui, par leur nature, ne sont pas appelées à prolonger leur action en dehors du territoire où elles sont promulguées.

A ce dernier point de vue, elle repousse par

d'autres dispositions, l'application de toute loi étrangère qui ne serait pas conforme à certains principes qu'elle reconnaît comme absolument impératifs par des nécessités d'ordre intérieur ou en vertu de certains principes d'ordre supérieur.

S'il se présente des cas douteux c'est au texte et à l'esprit de la loi qu'il faut recourir pour résoudre les difficultés qui en résultent.

En ce qui concerne les droits acquis, Brocher admet qu'il faut accepter les conséquences des faits passés à l'étranger. Le mal une fois commis, il convient souvent d'en admettre les résultats normaux pour éviter un mal plus grave découlant d'une résistance absolue et maladroite.

Brocher remarque enfin qu'il importe que les Etats ne s'entravent pas trop réciproquement dans l'exercice de leur souveraineté (1).

Roguin (2) substitue à la distinction de Brocher les notions d'ordre public et de droit public, reliant ainsi la doctrine suisse avec la doctrine italienne.

§ 3. — Pays-Bas.

72. — La doctrine de droit international privé qui avait brillé, en Hollande, au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècles, avec des auteurs tels que Jean et Paul Voet et surtout Ulrich Huber, ne reprend un nouvel essor dans cette nation que vers la fin du ^{xix}^e siècle.

Alors que les juristes de l'époque antérieure

1. P. 352.

2. *Conflit des lois suisses en matière nationale et internationale*. Lausanne, 1891.

s'étaient montrés les partisans les plus intransigeants du principe de la territorialité absolue, ceux de l'époque contemporaine se placent au contraire à l'avant-garde en matière de droit international privé.

Il est, en effet, parmi eux, une école qui conteste le caractère national de règles de conflit de lois et qui enseigne que le juge ne doit pas baser sa décision uniquement sur les lois du pays où le procès se poursuit : « Il doit, au contraire, même à défaut de prescriptions légales positives, examiner quel est le droit d'après lequel, selon les principes généraux, la cause doit être jugée » (1).

On sait que Asser est le premier protagoniste des conférences qui se sont réunies à La Haye pour tenter d'établir des règles communes pour la solution des conflits de lois. Asser appartient cependant à l'école hollandaise qui maintient le principe du caractère national des règles de conflits de lois.

D'après lui, le droit international privé, dont l'empire serait indépendant du droit national, n'existe pas de droit, et une loi étrangère ne peut être appliquée par le juge que parce que la loi nationale de celui-ci ordonne ou permet de l'appliquer.

Dans sa conception de l'ordre public, il s'en tient rigoureusement à ce principe : le juge, dit-il, n'est pas autorisé à sanctionner ce que la loi de son pays estime contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (2).

1. Asser, *Esquisse du droit international privé*. Harlem, 1880.

2. *Éléments de droit international privé*. Paris, 1884, p. 79.

73. — Pour Kusters (1) également, il n'y a pas à proprement parler de droit international privé ; ou du moins, il n'existe que des solutions nationales des conflits s'élevant entre ressortissants des différents Etats. D'une part, le législateur peut imposer au juge qui, par définition, lui doit obéissance, le point de vue qu'il lui plaît d'adopter à l'occasion de tel ou tel conflit de lois, alors même que la solution qu'il en donne serait manifestement contraire à la bonne harmonie des rapports internationaux, aux intérêts de ses concitoyens, à la justice. L'injonction du législateur, sans doute, est susceptible d'appréciation, mais elle vaut jusqu'à l'heure de l'abrogation de la loi ; c'est un principe incontesté que l'Etat est souverain ; or, cette souveraineté s'étend notamment en ce sens que l'Etat ne doit compte à personne des procédés qu'il entend employer pour assurer la régularité des rapports juridiques qui viennent à s'établir entre nationaux, entre étrangers, ou entre nationaux et étrangers.

74. — Au contraire, Jitta (2) représente l'école qui prétend réaliser pleinement les fins du droit international à l'aide d'une méthode plus libérale.

Négligeant les aspects particuliers que les conflits de lois peuvent revêtir dans les différents Etats, elle cherche à constituer un faisceau de règles juridiques qui doit se superposer aux législations par-

1. *Le droit civil international aux Pays-Bas*. V. *Répertoire de Droit International*, t. VI, p. 601, n. 40.

2. *Droit international privé*. Harlem, 1916.

ticulières pour décider uniformément et souverainement de la solution des conflits internationaux. Aux définitions locales de règles internationales, elle substitue des principes qui, sans appartenir particulièrement à aucune des législations positives, s'imposent également à toutes.

L'ordre public, au sens large, paralyse la vie internationale, dit Asser. D'après cette conception, le juge n'a pas à examiner si ses lois nationales sont contraires à l'ordre public ou même immorales ; il leur doit obéissance quand même dans son for intérieur il les trouverait anti-sociales. Le juge ne peut critiquer que les lois étrangères et même, dans cette critique, il n'est pas libre de suivre sa propre imagination. Une loi étrangère, en effet, n'est pas contraire à l'ordre public quand elle repose sur les mêmes principes que la loi du pays où l'on se prévaut.

Ce principe, malgré son apparence universelle, ne donne pas à la vie active internationale la garantie qu'elle réclame. Qu'est-ce, en effet, qu'un principe universel, dont l'application variera selon les différentes manières de voir des Etats ?

Non seulement le principe de l'ordre public nous paraît sans valeur comme règle universelle, mais les conséquences de son application varient tellement selon la manière de voir des divers Etats, que ce principe, formulé d'une manière rigoureusement identique, dans une loi universelle ou dans une loi nationale, ne donne aucunement l'harmonie du droit. Malgré l'apparence universelle du principe,

son application est dominée par l'individualité des Etats. Dans l'état actuel de l'humanité, étant donné que l'ordre public et la morale ne font pas l'objet d'une conviction commune, cette application donne ce que l'on peut raisonnablement exiger.

Telle est la conclusion plutôt décevante à laquelle parvient notre auteur.

CHAPITRE X

L'ordre public dans la jurisprudence française

§ 1. — Généralités.

75. — « Le système positif français, en matière de conflits de lois internationaux, tel qu'il découle des textes de la coutume et de la jurisprudence, est assez malaisé à définir parce qu'il ne se rattache à aucune conception nettement établie.

« On peut affirmer qu'il ne se rattache ni à l'école de la personnalité du droit, ni à l'école de la courtoisie. La preuve de ces affirmations est facile à faire. En effet, la part faite à la loi nationale est assez réduite, de sorte qu'il ne peut être question de personnalité du droit (voir en matière de successions).

« En ce qui concerne la courtoisie, la Cour de cassation proclame que l'application des lois étrangères en France est une question d'obligation juridique, et non pas de pure courtoisie (1). »

Elle casse la décision des juges qui ont appliqué à

1. Niboyet, *Rép. D. i.*, t. 6, p. 405. *Droit international privé*, France,

tort la loi française, au lieu d'appliquer la loi étrangère (Cass. civ., 23 fév. 1864. S. 1864.1.385; Cass., 17 janv. 1899. S. 1899.1.177 et note Pillet).

Mais il est très difficile de savoir quel est le système positif français. Les textes ont laissé, à la doctrine et à la pratique, toute liberté. Nous avons exposé précédemment la diversité des conceptions doctrinales.

La jurisprudence a eu à prendre parti entre les conceptions doctrinales, souvent très divergentes et « historiquement non simultanées, de sorte que leur action n'a pas été aussi forte pour les unes que pour les autres.

« Peu libérale au fond, et tout en proclamant l'obligation de cette application de la loi étrangère dans les cas où celle-ci est compétente, elle n'a rien fait pour étendre sa compétence.

« Elle a même souvent fait un appel abusif à la notion de l'ordre public pour faire échec à la loi étrangère pourtant compétente (1) ou bien accepté trop facilement le renvoi fait par celle-ci à la loi française... Les tentatives de systématisation de la jurisprudence pour en dégager un système général n'ont pas abouti... (2) »

La jurisprudence semble bien avoir rejeté l'ancienne doctrine française pour ramener tous les statuts à deux catégories, les statuts personnels toujours extraterritoriaux et les statuts réels toujours territoriaux. Elle admet que l'objet des lois ne se

1. Voir *Rép. D. i.*, t. X. V° Ordre public.

2. Niboyet, *Répertoire*, loc. cit., p. 405.

limite pas aux personnes et aux biens et qu'il est d'autres objets, par exemple les obligations, la forme des actes, les successions, les jugements, et elle cherche à donner à chaque question la solution qui lui convient le mieux, du moins à son point de vue.

« Si l'on veut porter une appréciation générale sur le système français, on peut dire : à côté d'une doctrine très progressive et qui a toujours été à l'avant du mouvement de perfectionnement du droit international privé, il y a une pratique souvent rétive. Elle se place, en somme, et malgré tout, plus près du système suivi dans les divers pays d'Europe que dans ceux du groupe anglo-américain qui font à la loi étrangère une place trop réduite.

« Ce qui différencie surtout les solutions suivies dans d'autres pays d'Europe, ce sont les influences d'ordre politico-religieux. C'est à raison de celles-ci que l'ordre public intervient fréquemment pour substituer la *lex fori* à la loi compétente. Ainsi, bien qu'ils soumettent l'état des personnes à la loi nationale des intéressés, nos tribunaux considèrent trop souvent les règles sur le divorce ou la filiation comme intéressant notre ordre public lorsque la loi étrangère est plus libérale que la nôtre » (1).

Nous ne saurions nous attarder à relater ici l'ensemble des solutions jurisprudentielles du problème de l'ordre public. Le lecteur en trouvera un tableau

1. Niboyet, *loc. cit.* Rép. D. i., p. 406.

très complet au tome X du *Répertoire de Droit international*. V. Ordre public, nos 75 à 380.

Il nous appartient seulement de montrer le cadre dans lequel la jurisprudence évolue en matière d'ordre public et qui limite ses développements possibles ; de rechercher, si à l'intérieur de cette frontière, il ne se manifeste pas des tendances favorables à une amélioration de la situation actuelle, c'est-à-dire à une élimination des effets plus particulièrement nocifs de la notion d'ordre public.

§ 2. — Suprématie de la loi interne.

76. — La jurisprudence française considère qu'elle n'a pas à connaître d'autre autorité que la loi de son pays ; voilà le cadre, le principe qui délimite son action. Elle est dominée par le respect de la loi positive ; le caractère national des règles de conflit de lois ne saurait donc être discuté ; en outre, dès que la loi française l'ordonne au nom de l'ordre public, elle se considère comme absolument obligée d'écarter la loi étrangère.

Comme l'a dit M. le Procureur général Matter s'adressant à la Chambre civile de la Cour de cassation, le 22 décembre 1931, dans ses conclusions sur l'affaire Sanchez contre Gozland (1) « vous ne connaissez ou ne pouvez connaître d'autre volonté que celle de la loi. C'est le principe même sur lequel reposent nos institutions judiciaires ».

Il s'agissait, dans cette espèce, du point de savoir

1. Clunet, 1932, p. 710.

la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862 qui accorde aux Espagnols en France les mêmes droits que les Français pourrait prévaloir telle qu'elle avait été interprétée par le Ministère des Affaires étrangères, par une lettre du 22 juillet 1929 insérée au *Journal Officiel* et rédigée à la suite d'une entente avec les gouvernements intéressés, sur les dispositions contenues dans l'article 19 de la loi du 30 juin 1926, modifiée par la loi du 22 avril 1927. Ce texte stipule que « la présente loi (créant la propriété commerciale) ne pourra être invoquée par les commerçants ou industriels de nationalité étrangère appartenant à des pays où n'existe pas, au profit des Français, une législation analogue, protégeant la propriété commerciale... »

« Dans un pays comme le nôtre, a écrit Pillet (1), il semble bien que les juges, même s'ils sont convaincus de l'irrégularité de la loi dans son application à des rapports déjà régis par un traité, doivent cependant suivre la volonté du législateur qui s'impose à eux ».

M. Matter a fait remarquer, dans ses conclusions précitées, que l'on pourrait trouver une doctrine identique même aux Etats-Unis où le magistrat est cependant juge dans certaines conditions, de la constitutionnalité de la loi. Moore (2) a écrit que les tribunaux ne doivent point interpréter une loi comme modifiant un traité « à moins que ses mots n'imposent clairement et nettement une telle interpréta-

1. *Traité de droit international privé*, 1923, t. I, p. 160.

2. *Digest of international law*, V, 364.

tion ». La Cour Suprême des Etats-Unis a décidé dans un arrêt (Whitney et Robertson, 1888, 124. I. S. 190) que : « Si le pays avec lequel le traité est passé n'accepte pas la décision prise par le pouvoir législatif, il pourra présenter ses doléances au chef exécutif du gouvernement et prendre toutes mesures qu'il pourra juger nécessaires pour la protection de ses intérêts », et elle ajoute cette phrase : « les tribunaux ne peuvent lui donner ainsi secours ».

La jurisprudence française ne se croit donc nullement autorisée à connaître des obligations internationales que l'existence d'une communauté des nations est susceptible d'imposer aux législateurs nationaux. C'est là un obstacle absolu à toute tentative dirigée contre ce qu'il peut y avoir d'excessif ou d'abusif dans l'usage fait par la loi positive de la notion d'ordre public, et il en découle même une entrave sérieuse à une atténuation dans l'emploi de cette notion, dans les cas où la loi ne paraît pas s'être prononcée expressément sur le caractère d'ordre public de ses dispositions et où c'est la jurisprudence qui a consacré l'exception à l'application de la loi étrangère. On se trouve en présence d'une barrière opposée à une vaste possibilité de progrès considérables.

Malgré ceci, à l'intérieur des limites qui sont ainsi tracées par ce respect absolu de la loi interne, il est possible de dégager, au sein de la jurisprudence française la plus récente, quelques marques d'une évolution orientée dans un sens plus favorable.

§ 3. — Evolution de la jurisprudence.

77. — Comme l'a exposé M. Donnedieu de Vabres (1), la jurisprudence française a passé par trois grandes étapes de 1804 au xx^e siècle.

De 1804 à 1840, c'est la doctrine de la *comitas*, avec le principe de la territorialité des lois, qui domine.

A partir de 1840, on assiste à la naissance d'un droit international privé véritable. C'est d'abord les limites à l'autonomie de la volonté qui se trouvent reculées jusqu'au point où l'intérêt général seul intervient pour la détermination des lois auxquelles on ne peut déroger. Le principe de l'autonomie de la volonté est même conçu d'une manière trop absolue. Au moment où l'autonomie de la volonté devient ainsi la règle, la personnalité de la loi cesse d'être une exception comme dans la période antérieure (1804-1840) où dominait le principe de la réalité du droit (doctrine de d'Argentré).

A partir de 1873, la jurisprudence cesse de considérer que les choses sont l'objet direct et principal de la loi. Elle se pénètre de plus en plus de cette idée que c'est pour les personnes que les lois sont faites.

La nationalité et la personnalité du droit dominant. L'influence de l'école italienne commence à se faire sentir.

Au même moment, le rôle de la notion d'ordre public se transforme en droit international privé.

1. *Revue Darras*, 1906, p. 689 à 699 et 829 à 860.

Alors que, dans le système de la territorialité, il se confond avec la règle générale, dans la personnalité du droit on ne le rencontre plus que comme une exception.

Il y a donc un progrès constant. Il est possible d'en noter des étapes nouvelles, dans la limite tracée ci-dessus, sur quatre points principaux.

1^o Diminution de l'intensité de l'ordre public sous l'effet de la notion des droits acquis.

78. — Les tribunaux n'écartent plus purement et simplement un droit dont l'acquisition est contraire à l'ordre public, sans distinguer si l'acquisition se place sur le territoire national ou à l'étranger. Le droit ne peut prendre naissance dans le pays, mais si, étant né à l'étranger, régulièrement, il vient à être invoqué en France, il ne sera plus éliminé absolument par l'ordre public. On recherchera si, dans chaque hypothèse, le résultat recherché à l'aide de ce droit est ou non contraire à l'ordre public.

Lorsqu'un étranger intentait, avant 1912, en France, une action en recherche de paternité, elle ne pouvait se poursuivre parce qu'elle conduisait à des preuves que l'ordre public réprouvait. Mais la filiation naturelle, en elle-même, ne heurtait pas l'ordre public, puisqu'elle était reconnue dans certains cas. Par suite, lorsque la recherche de paternité, faite hors de France, avait réussi, il n'était plus du tout contraire à notre ordre public de s'en

prévaloir ; en particulier, on pouvait obtenir l'exécution du jugement qui condamnait le père à payer une pension alimentaire. Ce qu'on demandait alors, en France, ce n'était pas du tout de reconnaître une filiation, mais l'exécution d'une condamnation pécuniaire, chose qui arrive journellement. (Cf. en ce sens, Nancy, 6 juin 1912, Clunet 1914, p. 568, infirmant un jugement contraire).

Cet exemple montre, qu'en matière de droit acquis, il faut, pour déterminer le rôle de l'ordre public, rechercher simplement si l'effet du droit acquis dont on se prévaut, et non plus sa création, heurte à lui seul l'ordre public. Il faut l'isoler. Un droit acquis peut, d'ailleurs, heurter l'ordre public pour certains de ses effets et non pour tous.

Des étrangers, qui avaient obtenu le divorce à l'étranger, à une époque où celui-ci n'existait pas en France, pouvaient néanmoins se remarier sur notre territoire. En effet, ils ne sollicitaient pas de nos tribunaux de les divorcer. Or, le mariage à lui seul ne heurtait pas l'ordre public quoiqu'il fût un effet du divorce obtenu précédemment.

Un musulman, ayant épousé plusieurs femmes, ne demande pas à l'autorité française de contribuer au maintien de son union ; mais il invoque simplement certains effets pécuniaires de son union. Ceci n'a absolument rien de contraire à l'ordre public. (Cf. en ce sens, Alger, 9 février 1910. *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 103).

En définitive, l'ordre public conserve, partout, en droit, la même nature, mais il a, en fait, une

intensité moindre sur le terrain du respect des droits que sur celui de la naissance des droits. La solution que nous défendons ici a pour effet d'assurer une plus grande stabilité des rapports de droit surtout en présence de l'effet dissolvant de l'ordre public qu'on évitera grâce à la théorie du respect des droits et au « report du conflit des lois dans le passé (1) ».

2^o Application distributive des lois.

79. — La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 21 août 1931 (2), s'est trouvée en présence du problème suivant : des immeubles, situés en territoire français, étaient compris dans une succession dont tous les héritiers étaient étrangers, anglais, relevant, pour leur statut personnel, du droit hindou. L'un d'eux avait été écarté de la dévolution héréditaire par la Cour d'appel de Saïgon, parce que, enfant adoptif, son adoption avait eu lieu, suivant la loi hindoue, dans des conditions contraires à la loi française sur l'adoption. Fallait-il appliquer, conformément à l'article 3 du Code civil, la législation française pour tout ce qui touchait à la transmission des immeubles, ou fallait-il faire une distinction et admettre la validité des droits découlant de la loi hindoue en ce qui concerne la vocation héréditaire ?

A supposer que l'on fasse cette distinction, ne

1. Niboyet, *Manuel*, 2^e édit., 1928, p. 567.

2. Dalloz P., 1931. I. 52.

devait-on pas tenir l'adoption conforme à la loi hindoue comme inopérante dans la mesure où elle portait atteinte aux règles du droit positif français sur la dévolution des successions immobilières et sur la réserve, règles qui sont d'ordre public.

La Cour de Cassation a répondu sans faire la distinction visée à la première question ; la seconde ne se trouvait donc pas posée ; d'ailleurs, elle nous intéresse moins que l'autre.

Sur celle-ci, en effet, cet arrêt a donné à M. le Conseiller Pilon, l'occasion d'émettre un avis extrêmement précieux pour l'avenir de l'application distributive des lois.

Cet éminent magistrat examine en ces termes l'argumentation développée sur ce point par l'avocat du pourvoi :

« On a soutenu également (c'est la thèse brillamment reprise par l'honorable avocat du pourvoi) que, dans les cas où, à propos d'une dévolution successorale immobilière, se pose une question d'Etat et de capacité, il y a place pour l'application des deux lois, la loi nationale et la *lex rei sitae* ayant leur domaine propre, la première pour régler la question d'Etat, la seconde pour régir la dévolution héréditaire des immeubles dépendant de la succession. » On se trompe, a écrit M. Louis Renault (note au Rec. de Sirey, 1883, 1, 66, col. 2) sur la portée de l'article 3 § 2 du Code civil, si on croit que, pour des immeubles situés en France, il n'y aura jamais à tenir compte des lois étrangères. C'est ce que Merlin faisait déjà remarquer à propos des droits des

époux (Répertoire, v^o Lois, n^o 6), et pour en conclure que des époux, mariés sans contrat d'après une loi étrangère n'admettant pas la communauté de plein droit, ne pouvaient, pour le partage des immeubles qu'ils auraient acquis en France, appliquer les règles du Code civil sur la communauté légale. Et, à ce propos, Merlin est catégorique : « Peut-on dire que la loi étrangère doit toujours, indistinctement, même à l'égard des immeubles possédés en France par des étrangers, se taire devant la loi française ? Non, il est des cas où c'est, au contraire, la loi française qui doit céder à la loi étrangère. »

D'où, si l'on adopte cette manière de voir, la justification du pourvoi ; une question d'Etat (celle d'enfant adoptif) se pose relativement à la dévolution d'immeubles, situés en territoire français, dépendant de la succession d'un étranger. Deux lois doivent être appliquées : 1^o la loi française (*lex rei sitae*) pour dire à quels héritiers les immeubles seront dévolus, et dans quelle proportion ; en l'espèce, cette loi dira que la succession doit être partagée entre les enfants légitimes et adoptifs du défunt (arg. art. 358 C. civ) ; 2^o la loi nationale (loi hindoue) pour dire quels enfants sont légitimes et adoptifs par rapport au défunt ; car la loi française n'a rien à voir pour ce qui, dans le litige actuel, est une pure question d'Etat de statut personnel.

Et M. le Conseiller Pilon déclare : « La thèse du pourvoi est théoriquement défendable ». Il admet donc la valeur « théorique » du système qui consis-

terait dans l'application distributive des lois, et dès lors, on peut en inférer l'apparition d'un courant nouveau s'opposant au courant traditionnel.

Ce courant traditionnel, il consiste à appliquer exclusivement la loi territoriale lorsque celle-ci est compétente en vertu des règles de conflit de lois. Il est consacré par le droit positif, en matière successorale, comme l'a noté M. Pilon. Il est rigoureusement défendu par M. Lerebours-Pigeonnière dans sa note au Dalloz (1) sous un arrêt par lequel la Cour de Paris avait appliqué à un contrat de vente conclu entre Français, en France, pour un immeuble sis en Allemagne, d'une part la loi française pour la forme et la validité du consentement, d'autre part la loi allemande pour l'action en rescision pour lésion. Ce distingué professeur estime que, en appliquant à un même acte, deux lois différentes pour ses divers éléments, on fait courir un risque de surprise aux contractants, car la conciliation d'une loi avec l'autre n'étant pas assurée d'avance ni réglementée par des textes, les intéressés pourraient se tromper dans leurs prévisions sur les conséquences éventuelles d'un défaut d'harmonie entre les deux lois : « Personnellement, écrit M. Lerebours-Pigeonnière, nous sommes hostile au dépeçage d'une obligation, et soucieux d'en demander la réglementation à une loi unique ».

S'agissait de la rescision pour lésion, qui en droit français est une institution d'ordre public, de paix

sociale, notre auteur déclare qu'il lui paraît impossible de concevoir si une disposition française d'ordre public et de paix sociale n'est *de plano* compétente dans un contrat dont les conditions générales de validité relèvent, par une autre décision du même arrêt, de la loi française.

Contre ce courant traditionnel, il en naît peut-être un nouveau qui, admettant largement l'application distributive des lois, tend vers la reconnaissance plus libérale de la loi étrangère, et la coopération entre la loi territoriale et la loi personnelle. Il s'agirait, dès lors, moins d'un conflit entre ces deux lois, que d'une harmonie à établir entre elles.

3^o *Effet réflexe de l'ordre public.*

80. — C'est le respect par un pays de la loi d'ordre public d'un autre pays. Il s'agit ici d'une véritable collaboration internationale.

Voici comment M. Niboyet expose cette hypothèse (1) :

« L'ordre public a pour conséquence d'entraîner, dans le pays dont l'ordre est intéressé, l'application de sa loi pour déterminer les conditions d'acquisition d'un droit envisagé. »

« Mais, si l'on a à apprécier dans un pays tiers la validité du droit ainsi obtenu, d'après quelle loi le fera-t-on ? Est-ce d'après la loi que les juges de ce pays tiers auraient appliquée ? Ou bien d'après la

1. *Manuel*, 2^e éd. p. 559.

loi du pays dont l'ordre public a joué un rôle positif ? »

« Ainsi un mariage purement civil est célébré en France entre deux étrangers, conformément à la loi française d'ordre public, alors que leur loi nationale le prohibe ; est-il valable dans les autres pays ? »

« A cette question il n'est pas de réponse absolue. Cela dépend absolument de la conception de l'ordre public dans le pays d'importation du droit. On doit distinguer selon que dans le pays d'importation on a, sur le point envisagé, la même conception ou non de l'ordre public que dans le pays d'exportation du droit. »

« Nous ne saurions donc accepter l'opinion de ceux qui limitent strictement, comme M. Bartin, l'effet de l'ordre public au pays intéressé (*lex fori*). Nous croyons, au contraire, que l'ordre public est parfaitement susceptible de produire un effet international dans les conditions qui vont être précisées. Nous emprunterons ici l'expression de l'effet réflexe de l'ordre public à Pillet. Il entendait, par là, précisément, le respect qui s'impose, dans certains pays tiers, aux droits fondés sur la loi d'ordre public d'un autre pays. »

« Pour M. Bartin, la territorialité stricte de l'ordre public provient de son caractère exceptionnel et exorbitant et surtout de ce que l'intervention de notre notion résulte d'une rupture de communauté juridique. Nous admettons toutes ces idées. Mais rien ne s'oppose, à nos yeux, à répartir géographiquement les conséquences de cette rupture. On peut

parfaitement diviser les pays en deux hémisphères, l'un conforme, l'autre opposé à la reconnaissance d'un droit donné. On n'est pas obligé de s'isoler et de se fermer au monde juridique. La doctrine de Savigny n'implique pas cette conséquence. C'est ce que nous allons essayer de montrer. »

« PREMIER CAS : *L'ordre public est le même dans les deux pays.* — Supposons un mariage civil célébré en Belgique, en vertu de l'ordre public, au mépris de la règle contraire formulée dans le pays national des époux (loi polonaise). Il est bien certain que, dans ce derniers pays, le mariage ne sera pas reconnu, mais rien ne s'oppose à sa reconnaissance en France, par exemple, où règne la même conception de l'ordre public qu'en Belgique. En ce sens, Tribunal Seine, 15 février 1922, Clunet, 1922, p. 397. Vis-à-vis de la France la loi polonaise qui prohibait le mariage heurtait l'ordre public, de sorte que si la question s'était posée en France, on y aurait, de même qu'en Belgique, suivi la loi du lieu de célébration du mariage, et non pas celle du pays national. La France et la Belgique font partie, à cet égard, de la même communauté juridique. On peut comparer la communauté juridique à un cercle. Il y a, pour chaque problème, autant de cercles que de conceptions de l'ordre public. Dans notre exemple, la France et la Belgique se trouvant dans le même cercle, on peut formuler dès lors cette règle ; à l'égard des pays appartenant au même cercle, le droit qui a été acquis en vertu de la loi d'ordre public de

l'un d'eux est valablement acquis à l'égard de tous les autres. »

« DEUXIÈME CAS : *L'ordre public varie entre le pays d'exportation et celui d'importation du droit.* — Si nous reprenons l'exemple précédent, il en résultera que le mariage civil célébré en Belgique ne sera pas reconnu : 1^o non seulement dans le pays national des époux qui se rattache à une autre conception de l'ordre public ; 2^o mais encore dans tous les pays où règne cette conception ; tel serait le cas sans doute de l'Autriche, de la Grèce, de la Serbie, etc... Ces divers pays se trouvent à l'intérieur d'un cercle de communauté juridique où le mariage civil heurte parfois l'ordre public. »

4^o Conciliation des lois.

81. — Nous faisons allusion, ici, à une hypothèse sur laquelle nous nous réservons de revenir (1) plus longuement dans la suite de notre ouvrage.

Voici un Espagnol, poursuivi en France pour abandon de famille, en vertu de la loi du 7 février 1924, modifiée en 1928 (tribunal correctionnel de la Seine), 24 décembre 1930 (2).

Le tribunal observe que l'article 143 du Code civil espagnol astreint les époux à se fournir des aliments : « que, si cette législation n'a pas sanctionné cette obligation par une pénalité, il n'en reste pas moins

1. V. n^o 100.

2. Clunet, 1931, p. 627.

que les lois de 1924 et 1928, intervenues dans un but social, s'imposent même aux étrangers résidant en France, conformément à l'article 3 du Code civil » et il condamne.

La justice française accorde ainsi la sanction de sa propre loi à une loi étrangère au nom de l'ordre public français.

Nous développerons ultérieurement les conclusions que l'on peut tirer d'une telle interprétation de la solution, réservée, tout en défendant le bien-fondé de cette interprétation.

La conclusion qu'il nous paraît possible des quatre séries de données dégagées de la jurisprudence, que nous venons d'exposer, semble pouvoir être ainsi formulée ; le droit positif français est susceptible d'évoluer en vue d'une sorte de coopération avec le droit étranger, correspondant à une modification dans la conception de l'ordre public, soit en atténuant vis-à-vis des droits acquis, l'intransigeance de cette notion, soit en admettant un concours plus étroit de la loi étrangère, même dans des matières d'ordre public, soit en collaborant avec l'ordre public étranger, soit en complétant au nom de l'ordre public, une législation externe.

CHAPITRE XI

Essai critique

82. — Si nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur l'étude à laquelle nous avons procédé des données que le droit positif et la doctrine fournissent en ce qui concerne la théorie de l'ordre public, nous arrivons à une conclusion bien décevante.

Les textes législatifs ne contiennent que des dispositions vagues et imprécises.

La jurisprudence paraît inapte à nous procurer des éléments de détermination utilisables.

La doctrine donne le spectacle d'une grande confusion.

Mancini avait proposé, en 1874, de remédier à l'incertitude introduite dans la pratique par la notion d'ordre public, au moyen de conventions internationales, respectant le dogme de la souveraineté absolue de l'Etat. Mais l'Institut de Droit international, après de longs et patients efforts, finit par se dessaisir d'un problème qu'il juge insoluble. Les conférences de La Haye ne parviennent pas à dresser une énumération, même approximative, des cas d'ordre public.

On reste en face de cette constatation : l'ordre

public est une force qui arrête le fonctionnement du droit international privé, force arbitraire, donc antijuridique, et qui prend naissance dans ce fait qu'il n'existe pas entre les Etats une communauté de droit assez parfaite, que la communauté réalisée actuellement présente souvent des lacunes.

83.— Les deux tendances les plus générales qui se manifestent dans la doctrine ont fort bien été dégagées par M. le Professeur Niboyet. Pour les uns, l'ordre public est une exception, un remède exorbitant qui doit se réduire, s'atténuer avec le mal qu'il combat. Pour les autres, c'est une institution normale, qui a sa place dans toute construction logique et harmonieuse du droit international privé.

Il y a là deux courants profondément contraires. Ceci ne peut s'expliquer autrement, pour nous, que parce que le mot ordre public a, comme il arrive souvent pour les termes du vocabulaire juridique, plusieurs sens différents. Il y a deux conceptions, deux notions qui se cachent derrière le même mot. Ce mot contient une idée de force, quand il est conçu comme une exception ; au contraire, une idée de droit, en tant qu'institution normale.

Dans un essai de construction théorique, il importe de distinguer soigneusement ces deux points de vue opposés et de bien dégager leur orientation propre.

Evidemment l'idée de droit devrait dominer dans toute notion juridique.

Nous voulons essayer de montrer dans les pages qui vont suivre :

- 1^o Que l'ordre public, envisagé comme une exception, est une force antijuridique qui doit disparaître ; tel sera l'objet du présent paragraphe, consacré à la critique négative ;
- 2^o Que l'ordre public, envisagé comme une institution normale et générale, est susceptible d'être organisé juridiquement et que la communauté juridique augmente de plus en plus parmi les peuples.

**§ 1. — La réduction de la notion
d'ordre public.**

84. — Un aperçu général du problème nous montre que tous les auteurs sont d'accord pour constater le caractère vague et imprécis de la notion d'ordre public. Nous ne saurions ici relater toutes les opinions qui ont été émises dans ce sens, et reproduire tous les griefs, adressés à ce titre, par la doctrine dans son ensemble, à cette formule fuyante qui est ainsi abandonnée aux mains de la pratique et dont elle favorise le goût éventuel pour l'arbitraire.

Nous nous proposons de donner la synthèse des critiques énoncées par la généralité des juristes de droit international privé, en nous bornant à invoquer, à l'appui de nos développements, tels d'entre

eux qui, plus récemment, ont prononcé les attaques les plus serrées contre cette notion.

Kahn, dans une monographie consacrée spécialement à la critique de l'ordre public (1), a procédé à une analyse particulièrement approfondie des doctrines en cette matière.

85. — Il examine d'abord l'école allemande.

Dans cette école, la terminologie employée est, comme nous le savons, la suivante : l'ordre public c'est la « clause réservée », « Vorbehaltsklausel » ; ou bien encore ce qu'on appelle les « lois prohibitives ».

Les lois prohibitives sont, dans cette école, les soupapes de sécurité pour les cas trop exorbitants, normalement en faveur de la loi étrangère, qui, d'ailleurs, deviennent rares parmi les peuples d'une culture semblable.

Sans doute, dit Kahn, nous n'englobons pas dans l'ordre public, les lois dites réelles, ni les lois pénales. Nous raisonnons plutôt, en vue de déterminer quelles sont les lois prohibitives, sur la nature des choses. Ce sont des lois qui, d'après leur but, n'admettent pas de dérogation. Or, dit Kahn, cette conception des lois prohibitives présente le défaut suivant : En présence des différents rapports juridiques qui peuvent se produire, les règles de rattachement varient suivant les diverses lois prohibitives des divers Etats et suivant les diverses caté-

1. *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*. Leipzig, 1928.

gories de lois prohibitives, ce qui n'est pas précisé.

D'ailleurs, le caractère exclusif des lois prohibitives est essentiellement, lui-même, relatif.

Ni Savigny, ni personne après lui n'ont d'ailleurs pu classer les lois de manière à déterminer celles qui sont prohibitives et celles qui ne le sont pas. On peut donc, observe Kahn, généraliser, à cet égard, la notion de l'ordre public et l'étendre à toutes les dispositions législatives, car tout dépend, non pas seulement du contenu de la loi, mais de la nature et de la localisation des rapports juridiques en cause.

86. — Envisageant ensuite les écoles latines, plus spécialement l'école française et italienne, Kahn note ici l'influence de Mancini qui part du principe de la liberté individuelle, que l'ordre public limite au nom des intérêts de l'Etat. Mancini s'oppose ainsi à d'Argentré, pour lequel l'ordre public est la règle ; pour Mancini c'est l'exception, la personnalité du droit étant au contraire la règle. L'ordre public est ainsi chargé de défendre les intérêts vitaux de la société, les conditions indispensables de son existence.

L'école allemande vient rejoindre l'école franco-italienne en ce que les lois prohibitives se multiplient et s'augmentent peu à peu au point de recouvrir une sphère équivalente à celle qu'affecte l'ordre public dans les écoles latines. Malgré les différences des conceptions théoriques, on arrive, dans la pratique, aux mêmes résultats.

87. — Envisageons la doctrine anglo-américaine; Healy (1) montre bien, que, quoiqu'appuyée sur le principe de la *Comitas*, cette doctrine arrive dans la pratique à une conception de l'ordre public qui n'est pas plus large que celle usitée sur le continent.

La pratique est ainsi partout analogue. Elle est d'ailleurs toujours entachée d'un grave défaut, savoir l'incertitude et l'arbitraire.

Comme dit M. le Professeur Ripert, à propos de l'ordre public en droit interne, le vague et l'arbitraire de cette notion présentent ce très grand danger de permettre au juge de toujours annuler le contrat qui porte atteinte à un certain ordre qui paraît au juge digne d'être respecté. Or, quand le juge peut se servir d'une pareille notion, l'ordre économique tout entier peut sombrer dans une certaine conception politique et on peut arriver à des formules aussi dangereuses et vagues que celles qui se trouvent dans le Code des Républiques Soviétiques, où il est dit que les droits privés ne sont reconnus que dans la mesure où la chose est nécessaire à l'intérêt de l'Etat. Le jour où on définira l'ordre public : l'intérêt de l'Etat, les conventions privées seront placées entièrement entre les mains du juge qui sera libre de les approuver ou de les annuler.

Pour cette raison il paraît nécessaire de maintenir dans la société privée, comme sauvegarde de la liberté privée, une certaine communauté générale

qui édicte les commandements et permet au juge de ne prononcer la nullité d'un contrat que si vraiment c'est cet ordre, et non pas l'intérêt théorique ou passager de l'Etat qui se trouve menacé. Un grand pays ne maintient sa civilisation que s'il a vraiment une conception très ferme de cet ordre, qui est l'ordre public même, qui est formé d'une certaine communauté d'idées morales. Ce pays ne peut maintenir son principe de liberté que s'il possède un corps judiciaire assez indépendant dans ses idées politiques pour faire respecter ces règles.

88. — Comme l'observe Kahn, l'ordre public intervient dans chaque rameau de la législation tout entière. On ne peut savoir *à priori* si un rapport juridique tombera ou non sous le coup de l'ordre public, sur un territoire donné ; la question est à examiner dans chaque cas d'espèce. A cet égard, il critique aussi Pillet ; ce que cet auteur voit de particulier dans les lois personnelles existe aussi bien, dit Kahn, dans les lois territoriales.

Notant que la doctrine moderne considère l'effet de l'ordre public comme se confondant avec la territorialité de la loi, il observe que le président Bouhier (1) avait une conception toute opposée, qui disait : les coutumes qui regardent le bien universel des peuples, les bonnes mœurs et l'honnêteté publique, méritent d'être étendues hors de leur territoire... Qu'y a-t-il de plus personnel que

1. Cité par Lainé, *Introduction*, t. I, p. 297.

ce qui regarde les bienséances et l'honnêteté publique ? En quelques termes que soit conçue une coutume prohibitive et quand même la disposition n'en tomberait pas bien précisément sur les personnes, il doit suffire, pour la déclarer personnelle, que la prohibition ait une cause publique et qu'elle regarde le bien général de la société.

Kahn remarque, chez les modernes, au contraire, que chaque loi qui pourvoit au bien de la société est territoriale.

89. — Ainsi, en matière d'ordre public, des points de départ tout à fait différents conduisent exactement aux mêmes résultats pratiques. Voici donc une notion à laquelle on peut donner indifféremment telle ou telle base, orientées pourtant en sens contraire. Kahn en arrive à dire que l'ordre public est dépourvu de tout fondement ; il ne vaut pas la peine que l'on s'en occupe (1). Ce que l'on doit avoir en vue, c'est surtout l'harmonie internationale des lois.

90. — Pour résumer cette analyse critique, disons avec M. Ripert « une conception générale de l'ordre public est une chose à peu près impossible ». D'après le même auteur, il paraît difficile à dire qu'il puisse y avoir une idée générale dans la jurisprudence de ce qu'est l'ordre public, car ce mot a des sens très différents. « Il apparaît bien,

1. *Loc. cit.*, p. 250.

en fin d'étude, comme conclusion, que ce n'est là en somme qu'un simple mot et que peut-être cet ordre public n'existe pas. »

91. — Voici maintenant, dans Frankenstein (1), une idée qui apporte quelques lumières nouvelles à la critique négative que nous venons d'élaborer.

Dans l'Etat, il y a place pour l'exercice de la force, de la contrainte, c'est la police, par opposition au droit.

Lorsqu'un Etat impose aux étrangers son propre ordre juridique, c'est en vertu de ses pouvoirs de police.

Ce n'est pas en vertu du droit, que l'on soumet les étrangers à un certain ordre interne. Il s'agit d'une réglementation « unilatérale ». C'est de la police, mais pas du droit.

Il n'y a pas un ordre juridiquement établi entre les Etats. Se référant au caractère national des règles de conflits des lois, Frankenstein montre qu'avec cette délimitation territoriale de chaque droit — *Grenzrecht* — on n'a pas à proprement parler un droit international privé, mais des droits, l'un allemand, l'autre français, l'autre italien, etc...

Chaque Etat dit Frankenstein (2) peut bien se réserver la faculté de régler son propre ordre public comme il l'entend et soumettre l'étranger à ses prescriptions, tant qu'il peut saisir sa personne ou ses biens à l'intérieur du pays ; mais, en dehors du ter-

1. *Internationales Privatrecht*. Berlin, 1926.

2. *Recueil des Cours de La Haye*, t. 33, p. 301.

ritoire, ce pouvoir n'existe plus, ni dans l'Etat d'origine du sujet étranger, ni dans un Etat tiers.

Déjà Huc avait montré que le problème doit être posé sous un autre jour⁽¹⁾ : Dans toutes les hypothèses auxquelles le législateur pourrait se référer, en édictant les dispositions contenues dans l'article 6 du Code civil français, il pourrait y avoir une raison juridique palpable de décider ainsi, bien plus satisfaisante pour l'esprit, que les vagues considérations dérivant de l'ordre public lui-même, à peu près indéfinissable.

Frankenstein (2) parlant de ce qu'il appelle l'ordre public relatif, indique qu'il se produit ici quelque chose qui n'arrive pas le reste du temps dans la vie juridique. Il s'agit en effet d'une comparaison entre une prescription du droit étranger et une prescription du droit interne et d'une appréciation respective de la valeur de ces deux réglementations.

Par conséquent, c'est seulement lorsqu'on posera des limites à la souveraineté territoriale qu'aura sonné la dernière heure de l'ordre public.

92. — En attendant, l'intervention de l'ordre public sous la forme de l'exercice d'un pouvoir de police, montre que la communauté juridique est simplement *tolérée*.

L'ordre public agit comme une force contraire à l'organisation générale. C'est une notion d'une importance capitale, en droit international privé. Mais

1. *Commentaire théorique et pratique*, p. 174 et suiv.

2. *Internationales Privatrecht*, p. 333.

cette notion échappe à toute précision; tout le droit international privé se trouve, par suite, entaché d'une générale incertitude; toute sa structure s'en trouve altérée. Il faut sortir de cet état de choses. Le droit international privé doit s'affranchir à la fois du droit interne et du droit international public.

En effet, il ne pourra être étudié d'une manière satisfaisante tant qu'il ne sera pas distingué du droit interne, et, d'autre part, il rencontre dans le droit international public, qui est encore à l'état embryonnaire, des obstacles absolus à un développement adéquat aux besoins sociaux qu'il a à satisfaire.

La science du droit international privé, qui est toujours en période de formation, depuis Bartole, doit se constituer sur une base solide. Tant que l'ordre public subsistera comme une force obscure et incertaine au sein de cette discipline juridique, celle-ci restera toujours inachevée.

Ainsi nous en arrivons à cette conclusion : la souveraineté interne triomphe d'une manière exagérée dans le maintien de la notion de l'ordre public conçu comme un pouvoir arbitraire, une force de police. L'Etat refuse ici sa coopération à sa vie internationale qui n'arrive pas, dès lors, à se réaliser pratiquement. Cependant les exigences du monde moderne imposent le développement de la vie internationale. Il faut donc faire disparaître ce qui empêche le droit international privé d'exister pleinement : l'ordre public.

M. le Professeur Niboyet a fait un premier effort très intéressant dans le sens de la réduction de

l'ordre public quand il a relevé, dans la jurisprudence française, un certain nombre de cas dans lesquels il a été fait une application erronée de cette notion (1).

93. — Ajoutons, en terminant, que l'accentuation de la notion de police et de force dans la conception de l'ordre public à se confondre avec un état voisin de l'état de guerre, entre les Nations. Nous avons cité, *supra* (1^{re} partie) le décret français du 27 septembre 1914 sur les conventions intéressant les ressortissants ennemis. Le droit soviétique actuel fournit un exemple saisissant de cet état de choses : l'ordre public y joue un rôle considérable; le manque de communauté juridique y est quasi universel et la loi étrangère se trouve en pratique presque complètement exclue de Russie (2).

§ 2. — L'ordre public de l'avenir.

94. — « L'individualité d'un peuple ou son caractère national est, comme l'organisme physique et intellectuel de l'individu, le produit d'innombrables actions exercées par le monde extérieur ou d'emprunts faits à celui-ci. Tout obéit à la loi de communication internationale.

« Le droit serait-il seul soustrait à cette loi générale de la civilisation ? Voilà pourtant la conclusion à laquelle aboutit la théorie de l'école historique,

1. *Rép. D. i.*, t. X, v^o Ordre public, Titre II, Chap. I.

2. Voir Makarov, *Recueil des Cours de La Haye*, 1932.

dont Savigny est le chef, et qui soutient que le droit ne se développe qu'au dedans de la nation.

« L'adoption des institutions juridiques étrangères n'est point une question de nationalité, mais bien d'opportunité et de nécessité. Sans doute, personne n'irait chercher au loin ce qu'il peut rencontrer à un degré de perfection égal ou même suprême chez lui. Mais seul, un fou refuserait des oranges sous prétexte qu'elles n'ont pas mûri dans son verger » (1).

95. — Cette loi sociologique d'interprétation n'a pas que la valeur d'une simple observation qu'enseigne l'expérience pratique. Elle se rattache à un ordonnancement plus vaste, dans lequel elle s'insère logiquement. Kant a déjà noté cette idée qui a parfois été obscurcie par la technique juridique trop encline à compartimenter le Droit et à en isoler les branches suivant des catégories plus artificielles que réelles, savoir qu'il s'élabore un droit « cosmopolite » (ne pas confondre avec le droit international public ou interétatique). Le droit cosmopolite c'est « le Droit en tant qu'il se rapporte à l'association possible de tous les peuples (qui sont en communauté de commerce dans un perpétuel rapport de chacun à tous les autres), en vue de certaines lois universelles présidant aux relations qui peuvent s'établir entre eux » (2).

1. Jhering, *L'esprit du droit romain*. Traduction de Meulenaere. Paris, 1886, p. 8 et 9.

2. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*. Trad. Barni. Paris, 1854, p. 230.

Et cette conception, abstraction faite des théories kantiennes, ne répond-elle pas à cette idée élémentaire et communément répandue qui est l'idée de l'« ordre » ?

« Avant de rencontrer l'ordre, nous savons déjà qu'il existe. A l'apparition de chaque phénomène, c'est un besoin pour notre intelligence de chercher quelle est sa loi. Nous ne pouvons pas supposer qu'il n'en ait point. Nous ne pouvons pas croire au désordre » (1).

La croyance innée à l'ordre nécessaire du monde est le fondement secret de toutes nos généralisations.

« Le droit ne peut pas s'élever contre le droit. Dans un sens objectif, l'harmonie juridique existe. La difficulté consiste à dégager cette harmonie et à l'exposer » (2).

96. — Plaçons-nous en présence du problème de l'organisation de la vie et de la culture sociales : cette organisation ne peut être réalisée par la volonté libre qu'à l'aide d'un principe qui établisse et maintienne dans tous les rapports de la vie humaine et sociale les conditions dont dépend l'existence et le développement des diverses catégories de personnes et de biens.

Il en résulte, pour l'homme, la mission de rechercher et de réaliser, pour le tout, et pour chaque par-

1. Franck, *Dictionnaire des sciences philosophiques*. Paris, 1885, v^o Ordre, p. 1226. G. Renard, *Le droit, l'ordre et la maison*, p. 259.

2. Olivi, *Revue de droit international*, 1883, p. 209 et suiv.

tie de l'organisme social, l'ensemble organique de ces conditions (1).

97. — En ce qui concerne le domaine propre au droit international privé, nous arrivons, avec ces prémisses, à cette conclusion, qu'il faut poser en principe, comme idée fondamentale, dans cette branche du droit, l'idée que la communauté juridique ne comporte pas d'exception.

Dès lors, étant donné qu'il y a déjà naturellement une certaine interpénétration des lois nationales, il faut substituer à cette exclusion des lois les unes par les autres qui découle de l'ordre public, une combinaison harmonieuse des dispositions législatives distinctes, correspondant à une conception organisatrice du dit ordre public.

Au lieu de rester une exception, de continuer à être la Vorbehaltsklausel, l'ordre public doit devenir le « Rechtsordnung », l'ordre juridique.

Sans doute on ne peut supprimer le fait, à l'occasion duquel fonctionne la notion de l'ordre public : ce fait, c'est cette sorte de répulsion que le juge national va éprouver contre une loi étrangère qu'il doit appliquer. Il écarte alors cette loi au nom de l'ordre public : notion d'exclusivisme, sorte d'exception, « remède », comme dit M. Niboyet. Mais il nous semble que, sur ce point, il pourrait se produire une évolution. Au lieu de se placer strictement sur le terrain du droit national, le juge devrait

1. Voir H. Ahrens, *Cours de droit naturel*, 6^e édition. Leipzig, 1869.

songer à l'ordre qui existe naturellement en toutes choses, faire, comme il en a le droit, c'est-à-dire à propos d'une espèce, œuvre de législateur et amortir le heurt qui se produit entre les deux lois, non pas en sacrifiant totalement un des deux systèmes juridiques en présence au nom de l'ordre public-exception, mais en s'efforçant de remonter à un ordre supérieur, que nous appellerons à défaut d'autre dénomination connue : l'*ordre juridique*.

98. — L'ordre juridique est l'organisation unitaire des dispositions des lois intéressées quant à une espèce donnée.

Cette nouvelle conception de l'ordre public permet de réaliser une communauté juridique qui ne comporte pas d'exception, voici comment :

Au lieu de prohiber purement et simplement la loi étrangère qui paraît mauvaise, par exemple, de prohiber, en Italie, le divorce des étrangers, il faut partir de cette idée de la généralisation de l'*ordre juridique*, et chercher plutôt à faire disparaître le mal contre lequel on s'insurge, dans la sphère, bien entendu, où l'on a la charge de faire respecter l'ordre. Il faudra dès lors procéder à une sorte de synthèse : la jurisprudence devra s'efforcer de procéder à une application cumulative des lois divergentes — personnelles et territoriales — ceci à propos de chaque espèce. Il ne s'agit pas de réaliser l'unification, l'uniformisation des lois civiles. C'est à propos des cas d'espèces que cet objectif doit être recherché, exclusivement.

Déjà Savigny a montré que, plus les relations entre les différents peuples sont nombreuses et actives, plus on doit se convaincre qu'il faut renoncer à ce principe d'exclusion (l'ordre public-exception), pour adopter le principe contraire. Si dans le conflit des lois, la décision rendue par les Tribunaux sur les mêmes rapports de droit, était toujours la même quel que soit le pays où le jugement aurait été rendu, il y aurait une réelle communauté de droit.

Ailleurs, Savigny dit encore : « Malgré les différences extérieures qui existent entre les différentes espèces de lois absolues, celles-ci ont toutes ce caractère commun d'anomalie, que pour le conflit des lois, elles échappent à cette communauté du droit général et désirable. Mais on peut espérer, que, par suite du développement naturel du droit chez les différents peuples, le nombre de ces cas exceptionnels tendra constamment à diminuer. Au surplus, les traités ne sont que l'expression de cette communauté de droit et constituent dès lors un acheminement à sa reconnaissance toujours plus complète ».

99. — Cette réunion des lois en vue de leur harmonisation suppose qu'il existe une communauté juridique sans exception, plus exactement, que l'existence de celle-ci est posée en principe, *à priori*. On parvient ainsi, d'une part, à rendre des décisions qui pourront être admises dans les deux Etats intéressés, au lieu qu'avec le système de

l'ordre public-remède, l'Etat, dont la loi a été écartée, ne reconnaît aucune valeur à la sentence qui a refusé d'appliquer sa loi, laquelle était pourtant normalement compétente.

Voici donc un gain important réalisé pour les besoins de sécurité des particuliers. Comme l'observe M. Niboyet (1), le morcellement juridique est en effet très préjudiciable aux intérêts de la pratique. Avec l'application cumulative des lois, les prévisions ne sont plus déjouées, et on ne se heurte plus au refus éventuel de reconnaître la décision qui a été prise (2).

100. — Nous avons relevé au cinquième chapitre, consacré à l'étude de la jurisprudence française (3), telle décision dans laquelle le juge semble bien avoir procédé en considération de cet idéal de l'harmonie législative dont nous venons de parler.

Dans l'espèce que nous avons citée, et où il s'agissait de l'application à un sujet espagnol de la législation française sur l'abandon de famille, le juge a comparé les lois : la loi espagnole qui fait un devoir, une obligation juridique de fournir les aliments, mais ne sanctionne pas cette obligation d'une manière aussi efficace que la loi française, et la loi française qui contient la même obligation mais, en plus, la sanctionne énergiquement, même pénalement.

1. *Théorie de l'autonomie de la volonté*. Cours de La Haye, 1927, t. 16, p. 111.

2. V. n° 79, *in fine*.

3. V. n° 81.

Le juge a appliqué la loi française parce qu'elle est plus apte à donner satisfaction au besoin qui se trouvait en cause dans le litige. Au lieu d'un morcellement juridique, qui est le résultat ordinaire de l'intervention de l'ordre public, nous trouvons ici un cas d'application cumulative, consistant dans une sorte de réunion des lois, dans une combinaison de leurs dispositions juridiques et leur organisation unitaire.

C'est là, véritablement, faire la synthèse pour la communauté juridique, à l'occasion d'une espèce, en remédiant au besoin social qui y apparaît.

101. — Des tentatives sont faites actuellement en vue de saisir des juridictions internationales de certains procès concernant des particuliers (1).

Il s'agirait de litiges entre particuliers, mais qui seraient soumis à un juge international uniquement parce qu'ils soulèvent des problèmes internationaux.

M. Niboyet observe que, au seul point de vue de l'ordre public, cette innovation soulève des objections graves. « En effet, il n'est pas possible, dit-il, que le respect de l'ordre public, par définition indispensable à l'ordre social, dépende des particuliers. Ce respect est indispensable à la collectivité. Or soumettre d'innombrables litiges à des juges internationaux, c'est s'exposer à ce que ceux-ci ne puissent évidemment pas respecter l'ordre public des

1. Niboyet, *Rép. D. i.*, v^o Ordre Public, n^o 457.

pays en cause. Il faudrait donc déjà exclure de cette compétence tous les cas où l'ordre public est en cause. Mais alors ne serait-ce pas enterrer cette cause de la justice internationale? Et pourtant abandonner l'ordre public au juge international, ce serait causer un mal certain à la collectivité, et payer bien cher un avantage, d'ailleurs problématique de justice qu'on croit devoir être meilleure et plus expéditive. »

« L'idée de tribunaux internationaux permanents pour les litiges entre particuliers supposerait une législation commune à appliquer par eux. Or celle-ci n'existe pas, à la différence de ce qui se passe en Egypte où les tribunaux mixtes ont des Codes mixtes à appliquer. »

Ainsi que nous l'avons déjà dit, il ne saurait être question d'uniformiser les législations. Point n'est besoin de recourir à ce procédé radical et, d'ailleurs, de longtemps irréalisable, pour parvenir à remédier au mal auquel correspond l'ordre public. Ce n'est pourtant pas parce que l'uniformisation est impossible qu'il faut renoncer aux tribunaux internationaux. En effet, en l'absence d'unification législative, les tribunaux en question peuvent quand même tâcher de surmonter l'obstacle qu'aperçoit M. Ni-boyet, à propos de l'ordre public, grâce à la conception que nous proposons.

Il faut d'abord comprendre que la justice internationale pourrait être constituée sous la forme d'une institution arbitrale, réunissant des juges des différents pays intéressés, pour faire colla-

borer leurs lois, dans l'application du droit international privé. Ce que l'on demande aux juges nationaux, cette réunion des lois, en une coopération favorable à la communauté de droit, serait bien plus aisément effectuée par des juges pris dans chacun des pays intéressés et se réunissant pour statuer dans le plus large esprit de coopération.

Nul ne peut mettre en doute l'impérieuse nécessité de faire sortir la science du droit international prive de l'impasse où elle est engagée avec la conception exclusiviste de l'ordre public. C'est à la réalisation de la communauté universelle du droit que doit s'appliquer uniquement la jurisprudence internationaliste (1). Ce serait de la part du droit international privé, faire œuvre paradoxale, méconnaître sa mission, que de travailler en quelque sorte à l'organisation des résistances du droit interne et de donner sa consécration à un état de choses qu'il est obligé de tolérer, mais qu'il n'a pas à approuver, encore moins à encourager, car dans tout ce rouage, il suffit d'un seul point obscur ou faible pour que tout l'ensemble soit critiquable. Le but reste donc, de réaliser entre les peuples, une communauté juridique sans exceptions.

1. Dreyfus, *op. cit.*, p. 286.

Conclusion.

* 102. — Pillet dans la préface de son étude sur l'ordre public, observe que ce problème mérite plus que tout autre d'attirer l'attention des jurisconsultes parce que sa solution complète éclairerait d'un jour nouveau la science du droit international privé tout entière.

En effet les principes, une fois posés, notre science n'est pas autre chose que la recherche des dispositions qui, par leur caractère de lois d'ordre public, échappent à l'application des règles générales.

Nous espérons avoir montré que l'ordre public, comme manifestation de la force, de la souveraineté tend à se réduire (1) et, en même temps, comme notion vraiment juridique à se généraliser (2) tout en se débarrassant du Droit public et des autres éléments d'incertitude qui n'ont plus de raison d'y figurer.

103. — Nous voulons signaler, en terminant, l'hommage que mérite l'effort tenté par l'élaboration du Code Bustamante, mais tout en observant

1. Ch. XI, n° 84 et suiv.

2. Ch. X, n° 78 et suiv. ; ch. XI, n° 94 et s.

qu'il laisse une trop grande part à la souveraineté étatique. Quoi qu'il en soit, il marque une manifestation remarquable de la coopération des nations, adoptant des règles communes, faisant dès lors un pas en avant vers une organisation plus parfaite, vers la communauté juridique de plus en plus universelle.

Vu : le Président de la thèse,
M. NIBOYET.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- Actes de la Conférence de La Haye* chargée de régler diverses matières de Droit international privé (Session de 1893, 1894, 1900; 1904, 1925, 1928).
- Ahrens (Henri)*. — Cours de Droit naturel ou de Philosophie de Droit, 6^e éd. Leipzig, 1868.
- Alglave (E.)*. — Droit d'action du Ministère public en matière civile. Thèse Paris, 1868.
- Annuaire de l'Institut de Droit international* (Sessions de Zurich, 1877; Oxford, 1880; Bruxelles, 1902; Florence, 1908; Paris, 1910, Madrid, 1911).
- Arminjon (P.)*. — Précis de Droit international privé. 1^{er} vol. Paris, 1927.
- Nature, objet et portée des règles de Droit international privé (Revue Darras, 1920).
- Anzilotti (D.)*. — Cours de Droit international. Paris, 1929, t. I, traduit par M. G. Gidel.
- Asser-Rivier*. — Eléments de Droit international privé. Paris, 1884.
- Aubry (J.)*. — De la notion de la territorialité en droit international privé (Cl., 1900, p. 689).
- Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé (Cl., 1896, p. 464 et suiv. et 721 et suiv.)
- Aubry et Rau*. — Cours de Droit civil français, 5^e éd., revue par E. Bartin, XII vol.
- Audinet (E.)*. — Principes élémentaires de droit international privé. Paris, 1906.

- Bar (L.)*. — Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Hanovre, 1889 (2 vol.).
- Bartin (E.)*. Etudes de droit international privé. Paris, 1899.
- De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. (Clunet 1897).
 - Les dispositions d'ordre public (Revue de Droit International, 1897).
 - Principes de Droit international privé. Paris, 1930.
- Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade*. — Traité théorique et pratique de Droit civil, vol. I. Paris, 1907.
- Beudant (Ch.)*. — Le droit individuel de l'Etat. Paris, 1891.
- Boistel (Al.)*. — Cours élémentaire du droit naturel ou de philosophie du Droit, t. II, Appendice. Paris, 1899.
- Bluntschli (J. C.)*. — Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. Nördlingen, 1878.
- Deutsches Privatrecht. München, 1864.
 - Le droit international codifié, traduit par M. Lardy. Paris, 1881.
- Bougle (C.) et Raffault (J.)*. — Eléments de sociologie. Paris, 1930.
- Brocher (Ch.)*. — Cours de droit international privé, t. I. Paris-Genève, 1882.
- Nouveau traité de Droit International privé, vol. I. Paris-Genève, 1876.
- Bustamante y Sirven (A. S. de)*. — El orden público. Habana, 1893.
- Derecho Internacional privado (2 vol.). Habana, 1931.
 - Le Code de Droit International privé et la 6^e Conférence Panaméricaine, traduit par P. Goulé, Paris. 1929.
 - Les principes fondamentaux du Droit International privé dans la législation cubaine. Revue Daras, 1932).

Calvo (Ch.). — Dictionnaire de Droit International public et privé. Paris, 1885.

— Droit International théorique et pratique.

Capitant (H.). — Introduction à l'étude du Droit civil. Paris, 1923.

Cavaglieri (A.). — Lezioni di diritto internazionale privato. Napoli, 1929.

Colin (A.) et *Capitant (H.)*. — Cours élémentaire de Droit civil français. Paris, 1930.

Courtier (M.). — Thèse Paris, 1904.

Demante (A. M.). — Cours analytique de Droit civil, vol. I. Paris, 1881.

Daneff (St.). — Le Droit international privé en Bulgarie. (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1930, III, t. 33).

Demogue (R.). — Unification internationale du Droit privé Paris, 1927.

— Les notions fondamentales de Droit privé. Paris, 1911.

Demolombe (C.). — Cours de Code Napoléon. Paris, 1869.

Despagnet (Fr.). — Précis de Droit International privé, Paris, 1909, 5^e éd. revue par Cl. de Bœck.

— L'ordre public en Droit International privé (Clunet, 1889, p. 5 et suiv.).

Dicey (A. V.). — Conflict of laws. London, 1928.

Diena (G.). — La conception de Droit International privé d'après la doctrine et la pratique en Italie (Recueil des Cours de La Haye, 1927, t. 17).

Domat. — Lois civiles. Paris, 1777.

Dreyfus (G.). — L'acte juridique en Droit International privé. Thèse Paris, 1904.

Duguit (L.). — L'Etat. Paris, 1901.

Durand (L.). — Essai de Droit International privé. Paris, 1884.

- Duranton (M.)*. — Cours de Droit français suivant le Code civil, t. I, 1825.
- Eliesco (M.)*. — Essai sur les conflits des lois dans l'espace sous conflit de souveraineté. Thèse Paris, 1925.
- Endemann (F.)*. — Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin, 1899.
- Esperson (P.)*. — Le Droit International privé dans la législation italienne (Clunet, 1880, p. 245 et suiv.).
- Fedozzi (P.)*. — Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international (Clunet, 1897, p. 69 et 496).
- Fælix*. — Traité de Droit International privé, IV^e éd. revue par Demangeat, t. I. Paris, 1886.
- Fiore (P.)*. — Diritto Internazionale privato. Torino, 1888-1889. Sulla limitazione del l'autorità delle leggi straniere. Napoli, 1907.
- De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public. (Clunet, 1908, p. 351 et suiv.).
- Fuld (L.)*. — L'application du droit étranger d'après le Code civil allemand (Revue Darras, 1907, p. 138).
- Frankenstein (F.)*. — Internationales Privatrecht. Berlin, 1926.
- Tendances nouvelles du Droit International privé. Recueil des Cours de La Haye, t. 33, 1930.
- Une doctrine moderne du Droit International privé (Revue Darras, 1932).
- Gény (F.)*. — Science et technique en droit privé positif. Paris, 1914-1924.
- Gounot (Emm.)*. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Thèse Dijon, 1912.
- Guntzwiller (N.)*. — Beiträge zum Internationalen Privatrecht und zur Privatrechts vergleichung. Heidelberg, 1930.
- Hesse (A.)* et *Gleyse (A.)*. — Notions de sociologie. Paris, 1930.

Holtzendorf (F.). — Enciclopädie der Rechtswissenschaft
herausgegeben von J. Kohler. München, 1914-1915.

Kuhn (K. A.). — La conception du Droit International
privé d'après la doctrine et la pratique aux Etats-
Unis (Recueil des Cours de La Haye, 1928, t. 21).

Huc (Th.). — Commentaire théorique et pratique du Code
civil, t. I. Paris, 1892.

Healey (Th.-H.). — Théorie générale de l'ordre public
(Recueil des Cours de La Haye, 1925, t. I).

Ihering (R.). — L'esprit du Droit romain, traduit par O. de
Meulenaere. Paris, 1886.

— L'évolution du Droit, traduit par O. de Meulenaere.
Paris, 1901.

Japiot (R.). — Des nullités en matière d'actes juridiques.
Thèse Dijon, 1909.

Jitta (J.). — La méthode du droit international privé. Paris,
1890.

Josserand (L.). — Cours de Droit civil positif français, t. I.
Paris, 1930.

Kahn (F.). — Abhandlungen zun internationalen Privatrecht
herausgegeben von O. Lenel und H. Lewald,
Band I. München und Leipzig, 1928.

Kant (I.). — Critique de la raison pure, traduit par J. Barni.
Paris, 1869.

— Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit,
traduit par J. Barni. Paris, 1854.

Klein (P.). — Zeitschrift für Internationales privat und
öffentliches Recht. Leipzig, 1904, t. 14.

Korkounov (N.-M.). — Cours de théorie générale du Droit,
traduit par J. Tchernoff. Paris, 1914.

Labbé (J.-E.). — Du conflit entre la loi du juge saisi et une
loi étrangère relativement à la détermination de la
loi applicable en cause (Clunet, 1885, p. 5).

Laghi (F.). — Il Diritto internazionale privato. Bologna, 1888.

- Lainé (Ar.)*. — Introduction au Droit International privé. Paris, 1888.
- La Conférence de La Haye relative au Droit International privé (Clunet, 1894, p. 5 et suiv., p. 236 et suiv.; Clunet, 1895, p. 465 et suiv., p. 734 et suiv.).
- Lamoignon (de)*. — Recueil des arrêts de Monsieur le président. Paris, 1777.
- Laurent (F.)*. — Droit civil international. Paris-Bruxelles, 1880 (8 vol.).
- Principes de Droit civil, t. 19. Paris-Bruxelles, 1878.
- Lerebours-Pigeonnière (P.)*. — Précis de Droit International privé. Paris 1928 ; note au D. P. 1931. I. p. 33.
- Lewald (H.)*. — Das deutsche internationale privatrecht auf Grundlage der Reschtssprechung. Leipzig, 1930-1931, (fascicule I).
- La réglementation de l'ordre public sur le terrain des Traités diplomatiques (Revue Darras, 1928).
 - Questions de droit international des successions. (Rec. des Cours de La Haye, t. 9, 1925).
- Locré*. — Législation, I, p. 377 et les renvois. Paris, 1827.
- Longinesco (St. G.)*. — Elemente de Drept Roman, vol. I, Introduction. Bucarest, 1926.
- Makarow (A. N.)*. — Conception du Droit International privé d'après la doctrine et la pratique russes (Recueil des Cours de La Haye, t. 35, 1931. Paris, 1932).
- Die Quellen des Internationalen Privatrechts zusammengetellet. (Die Rechtsferfolgung in internationalen Verkehr, Band. VIII, Teil I, Berlin, 1929).
- Mancini (P.)*. — Clunet, 1914, p. 221 et suiv., p. 285 et suiv.
- Marcadet*. — Explication théorique et pratique du Code civil, t. I. Paris, 1884.
- Marmion (J.)*. — Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne. Thèse Paris, 1924.

- Masson (H.)*. — De la notion d'ordre public dans ses rapports avec la jurisprudence. Thèse Paris, 1855.
- Matos (J.)*. — Curso de Derecho Internacional Privado. Guatémala, 1922.
- Mayer (G.)*. — Zur Partei autonomie als Kollisionsnorm. (Z. IR., vol. 44, 1931).
- Meili (F.)*. — Das Internationale Civil und Handelsrecht. Zurich, 1902.
- Geschichte und System des Internationalen Privatrechts im Grundriss. Leipzig, 1892.
 - Die Kodifikation des Internationalen Civil und Handelsrecht. Leipzig, 1891.
- Mercier (A.)*. — De l'ordre public dans le Droit International (Revue Darras, 1911, p. 161 et suiv).
- Merlin*. — Répertoire Universel et raisonné de jurisprudence, t. X. Paris, 1827. (V. le mot Loi, § 8).
- Mittermaier (C. J.)*. — Grundsätze des gemeinen deutschen privatrechts, vol. I. Regensburg, 1847.
- Montesquieu (Baron de)*. — De l'esprit des lois. Paris, 1871.
- Muheim (Fr.)*. — Die Prinzipien des Internationalen Privatrechts in Schweizerische Privatrechte. Aldorf, 1887.
- Mouthier (M.)*. — Thèse Paris, 1891.
- Naquet (E.)*. — Note Sirey. 1893, II, 201.
- Neumann (H.)*. — Das Internationale Privatrecht in form-eines Gesetzentwurfs. Berlin, 1896.
- Neumeyer (K.)*. — Die Gemeinrechtliche Entwicklung des Internationalen Privatrechts und Strafrechts bis Bartolus. München, 1901, fasc. I
- Niboyet (J. P.)*. — Manuel de Droit International privé, 2^e édition Paris, 1928.
- Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier. Paris 1912.
 - Note au Sirey, 1926, II, p. 89.

- La fraude à la loi en droit international privé (Revue de Droit international et de législation comparée, 1926).
- Bulletin mensuel de la Société de législation comparée. Paris, 1931.
- Conflit entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace-Lorraine en droit privé. Paris, 1932.
- La théorie de l'autonomie de la volonté (Recueil des Cours de La Haye, t. 16, 1927, tome I. p. 1 à 116).
- Quelques considérations sur la justice internationale et le Droit international privé (Mélanges, Pillet. Paris, 1929).

Niboyet (J. P.) et Goulé (P.). — Recueil des textes usuels de Droit International. Paris, 1929, (2 vol.) Note dans la revue Darras, 1929 (V. le procès du Fort Brésilien).

Niboyet (J. P.) et Lapradelle (A.). — Répertoire de Droit international (10 vol.) V. surtout t. X, le mot « ordre public ». Paris, 1931.

Niboyet (J. P.). — Répertoire pratique de Droit et de jurisprudence d'Alsace-Lorraine. Paris, 1925.

- Note en Revue Darras, 1929. Sirey, 1926, II, p. 89.
- Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé (Extrait de la Revue de droit international de législation comparée, 1928).

Niemeyer (Th.). — Das Internationale Privatrecht. Berlin, 1901.

- Von Beruf unserer Zeit zur Kodifikation des Völkerrechts (Z. I. R., t. 37, t. 42).

Nouveau Testament (le). Paris, 1764.

Olivé (L.). — Du mariage en droit international privé (Revue de droit international, p. 209 et suiv.).

Palante (G.). — Précis de sociologie. Paris, 1921.

Philonenko (M.). — Clunet, 1930, p. 1055 et suiv. (Bulletin de la jurisprudence allemande).

Picard (Edm.). — Le Droit pur. Bruxelles-Paris, 1899.

- Pillet (A.)*. — De l'ordre public en droit international privé (Mélanges Pillet. Paris, 1929).
- Principes de Droit international privé. Paris-Grenoble, 1903.
- Traité pratique de droit international privé. Paris-Grenoble, 1923.
- Pillon (E.)*. — Dalloz périodique, 1931, II, p. 52, note.
- Planiol (M.) et Ripert (H.)*. — Traité pratique de droit civil français, vol. 1 et 6. Paris, 1925-1931.
- Traité élémentaire de droit civil, t. I. Paris, 1926.
- Poincaré (H.)*. — La science et l'hypothèse. Paris, 1918.
- Pcsener (P.)*. — Rechtslexiken. Berlin, 1909.
- Pradier et Fodéré*. — Traité de Droit international public européen et américain, t. III. Paris, 1887.
- Le Congrès de Droit international Sud-Américain et les traités de Montevideo (Revue de Droit international, 1889, p. 224 et suiv.).
- Des progrès de Droit international privé et public (Clunet, 1874, p. 112 et suiv.).
- Renard (G.)*. — Le Droit, la justice et la volonté. Paris, 1924.
- Le Droit, la logique et le bon sens. Paris, 1925.
- Le Droit, l'ordre et la raison. Paris, 1927.
- Roguin (E.)*. — Conflit des lois suisses en matière internationale et intercantonale. Paris-Lausanne-Leipzig, 1891.
- Roa (J. de)*. — Del orden publico en el derrecho positivo. Buenos-Aires, 1926.
- Rollin (Alb.)*. — Principes de droit international privé., tome I. Paris, 1897.
- Saleilles (R.)*. — De la déclaration de volonté. Paris, 1901.
- Simonts (W.)*. — La conception du droit privé allemand (Recueil des Cours de La Haye, tome XV, 1926).
- Surville (F.)*. — La Jurisprudence française en matière de Droit International (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905, p. 201.)
- Cours élémentaire de Droit International privé., 7^e éd. Paris, 1925.

- Stocquart (E.)*. — Des lois espagnoles sur le mariage et sur leur effet extraterritorial (Revue du Droit international, tome 23, p. 133 et suiv).
- Torres (C.)*. — Elementos de Derecho Internacional Privado. Madrid, 1893
- Travers (M.)*. — Les conventions de La Haye, Paris, 1909.
- Vabres (D. de)*. — De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits des lois (Clunet, 1905).
- L'article 3 du Code civil et la jurisprudence française (Revue Darras, 1906, p. 684 et 829).
- Valery (J.)*. — Manuel de droit international privé Paris, 1914.
- Vali (Fr.)*. — Die Vorbehaltsklausel in der englischen Eherechtsprechung (Z. IR., t. 43, p. 141 et suiv. 1930-1931).
- Vareilles-Sommières (Marquis de)*. — Des lois d'ordre public et de la dérogation des lois, Paris 1899.
- Viller (Ed.)*. — L'Etat et le progrès social. Paris, 1923
- Wächter (C.G.)*. — Pandekten. Leipzig, 1880.
- Weiss (A.)*. — Traité théorique et pratique de Droit International privé, t. 3 et 4, Paris, 1907-1913.
- Traité de droit international privé.
- Manuel de droit international privé. Paris, 1925.
- Traité élémentaire de droit international privé. Paris, 1890.
- Zacharia (K. S.)*. — Handbuch des francosischen Civilrechts, Heidelberg, 1827.
- Zeballos (E.)*. — Bulletin argentin de Droit international privé (V. la codification du Droit international privé aux Conférences de La Haye de 1893-1904 ; la législation sur le divorce aux Etats-Unis) traduit : Manual de Derecho internacional Privado por André Weiss, 5^e éd., t. I, Paris, 1911.
- Zitelmann (E.)*. — Internationales Privatrecht. Leipzig, 1897, vol. I, p. 317-388.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	9
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'ordre public dans les lois et dans les traités</i>	17
§ 1 ^{er} . — L'ordre public dans les lois.....	18
<i>Section I.</i> — Formule générale.....	18
<i>Section II.</i> — L'ordre public dans des cas spéciaux	29
§ 2. — L'ordre public dans les traités.....	32
<i>Section I.</i> — Formule générale.....	32
<i>Section II.</i> — Formule employée dans des matières particulières.....	37
CHAPITRE II. — <i>L'ordre public à l'Institut de Droit international</i>	40
§ 1 ^{er} . — Sessions de Genève (1814), La Haye (1875) Zurich (1877), Oxford (1880)	40
§ 2. — Sessions de Bruxelles (1902), Paris (1910)..	44
CHAPITRE III. — <i>L'ordre public aux conférences de La Haye</i>	50
CHAPITRE IV. — <i>La doctrine en France</i>	65
§ 1 ^{er} . — L'ordre public en droit interne.....	65
§ 2. — L'ordre public en droit international privé.	77
CHAPITRE V. — <i>La doctrine et la jurisprudence allemandes</i>	105
CHAPITRE VI. — <i>La doctrine italienne</i>	117
CHAPITRE VII. — <i>La doctrine hispano-sud-américaine</i>	132
CHAPITRE VIII. — <i>La doctrine anglo-nord-américaine</i>	137

CHAPITRE IX. — <i>Autres pays d'Europe</i>	146
§ 1. — Belgique.....	146
§ 2. — Suisse.....	149
§ 3. — Pays-Bas.....	152
CHAPITRE X. — <i>L'ordre public dans la jurisprudence française</i>	157
§ 1. — Généralités.....	157
§ 2. — Suprématie de la loi interne.....	160
§ 3. — Evolution de la jurisprudence.....	163
1° Diminution de l'intensité de l'ordre public sous l'effet de la notion des droits acquis.	164
2° Application distributive des lois.....	166
3° Effet réflexe de l'ordre public.....	170
4° Conciliation des lois.....	173
CHAPITRE XI. — <i>Essai critique</i>	174
§ 1. — La réduction de la notion d'ordre public..	177
§ 2. — L'ordre public de l'avenir.....	186
CONCLUSION.....	196
BIBLIOGRAPHIE.....	198
